

مَجَلَّةُ الْحُقُوقِ

لِلْبَحْثِ الْقَانُونِيِّ وَالْاِقْضَايَةِ

تصدرها

كلية الحقوق في جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكي عبد المتعال

رئيس التحرير : الدكتور أنور سلطانة

السنة التاسعة (١٩٥٩ - ١٩٦٠)

العددان الثالث والرابع

مطبعة جامعة الاسكندرية

١٩٦١

لجنة التحرير

- ١ - الأستاذ الدكتور أنور سلطان (عميد الكلية)
- ٢ - الأستاذ الدكتور محمود رياض عطية (وكيل الكلية)
- ٣ - الأستاذ الدكتور محمد فؤاد مهنا
- ٤ - الأستاذ الدكتور علي صادق أبو هيف
- ٥ - الأستاذ الدكتور عمر ممدوح مصطفى

مَجَلَّةُ الْحَقُوقِ

لِلْبَحْثِ الْقَانُونِيِّ وَالْاِقْصَادِيَّةِ

تصدرها

كلية الحقوق في جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكي عبد المنعال

رئيس التحرير : الدكتور أنور سلطان

السنة التاسعة (١٩٥٩ - ١٩٦٠)
المعدان الثالث والرابع

مطبعة جامعة الاسكندرية

١٩٦١

فهرس

صفحة

الاتجاه الحديث في نظرية الفعل والفاعل والمسؤولية

للدكتور رمسيس بهنام ١

العرف في القانون الدولي

للدكتور محمد طلعت الفنيحي ١٥٩

الاتجاه الحديث

في نظرية الفعل والفاعل والمسؤولية

للمكتور رمسيس بهنام

أستاذ القانون الجنائي المساعد بكلية الحقوق

من أهم خصائص القانون الجنائي العصري ، اتجاه نظره في الجريمة إلى شخص فاعلها بعد أن كان هذا النظر محصوراً في مادة فعلها .

ففي عهد الرومان ، تمخض التنظيم القانوني عن قانون جنائي خاص ، يضع زمام الدعوى عن الجريمة في يد المحي عليه كي يحركها هذا بغية تعويض ما أنزلته به الجريمة من ضرر . وكان ذلك التعويض ينطوي على معنى الجزاء الجنائي من ناحية أنه كان يتحدد لا بقيمة الضرر ، وإنما بأكثر من هذه القيمة أو بضعفها أو بأكثر من ضعفها .

ذلك ما كان مقررأ في ثلاث جرائم معروفة بالجرائم الخصوصية *delicta privata*، وهي السرقة *furtum* والسرقة باكره *vi bonorum raptorum* والاتلاف *damnum iniuria datum* (1) .

ففي السرقة كان الجزاء ضعف قيمة المالم المسروق ، وأربعة أمثالها في حالة الانكار .

وفي السرقة باكره كان الجزاء أربعة أمثال قيمة المسروق .

وفي الاتلاف ، كان الجزاء في حالة إعدام عبد أو حيوان ذى أربع مما يعيش في قطع ، دفع أعلى قيمة بلغها العبد أو الحيوان في السنة الأخيرة .

(1) يرجع في تفصيلات ذلك الى مؤلف الأستاذ الدكتور عمر مندوح " القانون الروماني " - ١٩٥٤ ص ١٣ وما بعدها ، من الجزء الثاني .

فان كانت الواقعة إتلافا لا يصل الى حد الاعداء أو كان موضوع الإتلاف جمادا أو حيوانا من غير النوع المذكور ، كان الجزاء دفع أعلى قيمة بلغها سعر العبد أو الحيوان أو الشيء في الشهر الأخير (١) .

وكانت توجد جريمة رابعة من الجرائم الخصوصية هي جريمة الاعتداء على الأشخاص iniuria . وقد قرر قانون الألواح الإثني عشر لهذه الجريمة في حالة فصل أو تعطيل عضو membrum ruptum ، جزاء القصاص ، ما لم يتفق الطرفان على دية . فان تمثلت الإصابة في كسر إحدى عظام الجسم os fractum ، كان الجزاء المقرر لها في ذلك القانون دية اجبارية مقدارها ٣٠٠ آس اذا كان المصاب حراً ، ١٥٠ آس إذا كان عبداً . فان لم تبلغ الإصابة حد ما تقدم ، فقد كان جزاؤها دفع دية اجبارية مقدارها ٢٥ آس (٢) .

تلك اجزية تؤكد النزعة القانونية البدائية الى العناية بمادة الفعل في ذاته دون كبير التفت الى شخص الفاعل .

ومما يؤكد وجود هذه النزعة في القانون الروماني مع أنه مبزغ الفجر في الحضارة القانونية ، ذلك النظام المعروف فيه بتسليم الجاني الى المحبى عليه كى يصنع به هذا الأخير ما يشاء noxae deditio (٣) .

ومعنى هذا النظام أنه كلما كان الجاني عبداً أو ابناً من أبناء الأسرة ، كانت الدعوى ترفع على سيد العبد أو على رب الأسرة ليخير بين أن يفي بالعقوبة المالية أو أن يسلم العبد أو الابن مصدر الجرم الى المحبى عليه ليكون تحت رحمة هذا الأخير .

ذلك ما كان معمولاً به في السرقة والسرقة باكره والإتلاف ، وأما في الإصابة فقد كان من المتبعين كذلك — على ما رأينا — القصاص في حالة فصل أو تعطيل عضو ، ما لم يتفق على دية ، والخضوع لعقوبة مالية في حالة كسر

(١) Arangio Ruiz "Istituzioni di Diritto Romano-Napoli 1943 - p. 368-372

(٢) أرنجيو رويز - المرجع السابق ص ٣٧٢

(٣) يرجع في شرح هذا النظام الى مؤلف الأستاذ الدكتور عمر عبد مصلطى السالف ذكره ص ٤٩ وما بعدها .

العظم أو أية إصابة أخف ، فإن كان الجاني في الحالة الأخيرة عبداً أو ابناً خاضعاً لسيادة رب أسرته ، كان من الواجب تسليمه الى المخبى عليه إن لم يسدد السيد أو رب الأسرة العقوبة المالية الواجبة (١) .

وبالإضافة الى نظام تسليم الجاني الى المخبى عليه ، كانت تؤكد النزعة نفسها في القانون الروماني ، دعوى كانت ترفع على صاحب الحيوان الأليف *actio de pauperie* إذا ما كان حيوانه قد الحق بالغير ضرراً . فكان المضرور من الحيوان يطلب في الدعوى الى صاحب الحيوان إذا لم يشأ هذا الوفاء بالتعويض ، أن يسلمه الحيوان مصدر الضرر . ولم يكن ذلك سوى الأثر التاريخي لعهد غابر كان الانتقام فيه ينصب حتى على الحيوان ، إذا ما حدث منه إيذاء ما (٢) .

بل يتحدث الشراح عن نص ورد في مدونة جستنيان قائلين انه من النصوص المدخولة أي المنسوبة زورا الى القانون الروماني الجمهوري ، ومفاد هذا النص ، أنه إذا كان عابر سبيل يصاب لسقوط لبنة عليه من البناء الذي كان يمر بجواره ، كان يرفع على صاحب البناء دعوى ليطلب اليه اما التعويض واما أن يسلمه البناء (٣) .

ويقرر بحق الشارح الألماني الكبير بيرنج ان تلك الأنظمة القانونية الرومانية كانت دليلاً على سيطرة روح الانتقام الأعمى حتى على قواعد القانون ، إذ كان هدف هذه القواعد - في ذلك الحين - هو مواجهة الفعل برد فعل من نفس مادته (٤) . فقد كان يقابل الضرر ايا كان مصدره بضرر أشد ، ولو كان مصدر الضرر حيواناً غير عاقل ، وكانت عناية القانون منصبة كلها على مادة الفعل وعلى أثره المادي وضرره الواقعي ، دون التفات الى الفاعل.

(١) أرانجيو دويز - المرجع السابق ص ٣٦٥

(٢) أرانجيو دويز - المرجع السابق ص ٣٦٦

(٣) Branca, "Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano" (٢) 1937, p. 385-538.

(٤) Jhering, "Esprit du Droit Romain", 1886, p. 132-138-176, (٤)

فاذا أضفنا الى نزعة الانتقام حتى من الحيوان ، نزعة الانتقام حتى من البناء كجماد ، حتى لنا ان نشبه الانسانية في حداثها بالانسان في طفولته ، وأن نقول ان شأنها كان شأن الطفل ينزل على الأرض فيطرقها بقدميه أو يصطدم بمنضدة فيركلها برجله .

وكانت روح الانتقام الأعمى بادية في القانون الجنائي الروماني ، لاقى مجال الجرائم الخصوصية وحدها ، وانما في مجال الجرائم العمومية كذلك ، *crimina* ، أى الجرائم التي كان زمام الدعوى عنها في يد السلطة العامة .

فقانون الألواح الاثني عشر مثلاً ، قرر الجريمة التعاويذ السحرية بقصد اثارة القوى الخفية لايداء الاشخاص أو الاشياء ، عقوبة النبذ *sacerta* ، وهي اعتبار الجاني محروما من حماية القانون (١) .

كما ظلت الروح نفسها سائدة القانون الجنائي الجمهوري ، اذ صدر مثلاً قانون لمحرمي القتل والتسمم *Lex cornelia de sicariis et veneficiis* ، يقرر لقطع الطريق عقوبة الحرمان من الماء والنار *aqua et igni interdictio* .

واستمرت العقوبات متسمة بالقسوة والغلظة ، مبنية على مادة الفعل دون التفات الى شخص الفاعل ، حتى في قوانين العصور الوسطى .

ولم يتجه النظر الى مرتكب الجريمة لدراسة شخصه والوقوف على الأسباب التي صار من أجلها مصدر اجرام ، إلا بفضل أئمة الفكر الايطالي في عصر النهضة ، بين القرنين الثامن عشر والتاسع عشر .

فقد هب العالم *Enrico Ferri* مؤسس المدرسة الوضعية *Scuola positiva* يقرر بشدة وحاس دافق ، واقتناع ذاتي راسخ ، وشعور فياض ، أن المحرم مسمّر لا يخبر ، وأن جرمته كان من المحتم أن يقع مثلها من شخص يمثل طباعه وفي مثل ظروفه ، وأنها النتيجة التي لا مفر من تحققها حين تتوافر لها مقدماتها وان الاحصاء الجنائي لشعب ما ، لا يحصى من تسجيله عدداً معيناً من الجرائم لا بد من أن يقع متى توافرت ظروف معينة ، طبيعية بيئية ، أو شخصية فردية ، أو روحية اجتماعية ، حتى أن وجود مقدار معين من ظروف طبيعية

E. Costa "Crimini e pene da Romolo a Giustiniano." (١)

معينة أو شخصية معينة أو اجتماعية معينة ، من شأنه أن ينتج عدداً معيناً من الجرائم لا يرتكب ولا يمكن أن يرتكب أكثر أو أقل منه (١) .

ذلك ما سماه فرى بقانون الكثافة الجنائي قياساً على قانون الكثافة الطبيعي المعروف في علم الكيمياء والذي من مقتضاه أن سائلاً معيناً على درجة حرارة معينة لا يذوب من مادة صلبة معينة إلا قدر ما معيناً لا يذوب في السائل أكثر أو أقل منه .

ولم يقصد فرى من تقريره أن المحرم مسير لا مخبر ، الوصول إلى اعتبار الجريمة فعلاً مبرراً ، والمحرم شخصاً بريئاً . بل كل ما قصده هو اظهار أن الجريمة فعل ليست للمجرم خطيئة شخصية فيه ، لأن مرده ما طبع عليه المحرم من خصال ذاتية لا يد له في إيجادها بنفسه ، وما أحاط به في بيئته من ظروف ، مادة كانت هذه الظروف أو اجتماعية .

فليس مؤدى منطقاً أن يعفى المحرم من كل مسئولية عن جرمته التي كان مسيراً إليها غير مخبر فيها ، وإنما أن تقوم مسئوليته عنها على أساس آخر غير ذلك الذي أقيمت عليه في الفقه التقليدي ، فبدلاً من اعتبار هذه المسئولية وسيلة لتحقيق العدالة retribuzione morale تعتبر وسيلة لدفاع المجتمع عن نفسه ضد خطر أن يتكرر وقوع الجريمة سواء من ذات الشخص الذي أجرم أو من شخص آخر غيره .

وبناء على ذلك ، فإن النتائج المنطقية التي يبينها فرى وأتباعه على تلك النظرية التي وضعها ، لا تتعدى الأمور الآتية .

(أولاً) الأساس الذي تقوم عليه شرعية الجزاء أو حق الدولة في توقيع الجزاء على المجرم :

فليس هذا الأساس في نظر فرى وانصاره تحقيق العدالة بقلل ما هو تحقيق غرض نفى للمجتمع هو الدفاع الاجتماعي ضد خطر تفشي موجة الاجرام بوقوع جريمة جديدة سواء من ذات فاعل الجريمة أو من آخر قد يحدث منه مثلاً .

فتحقيق العدالة يفترض موازنة بين جسامة الخطيئة الشخصية أو الذنب الذاتي للمجرم ، وبين المقابل الجزائي لهذه الخطيئة أو الذنب . وتلك موازنة

Enrico Ferri " La teorica dell' imputabilità e la negazione del libero arbitrio " — Firenze 1878 - " Sociologia criminale " - Torino 1929.

لا نجد لها بعد محلاً متى استقر أنه لا وجود في جريمة المجرم لتلك الخطيئة الشخصية أو هذا الذنب الذاتي .

ومن جهة أخرى ، فإن العدالة معناها أن يكون الجزاء في حالة تساو وتوازن تام ، شدة أو ضعفاً ، مع جسامته الخطيئة أو الذنب . وحتى عند التسليم بأن للمجرم نصيباً من الذنب الشخصي فيما فعله ، ولم يكن الذنب في ذلك لجليلته وخصاله وظروفه ، فإن أحداً ما من البشر لا يستطيع أن يحدد شأن ذلك النصيب ومقداره ومداه تحديداً دقيقاً ، حتى يكال للمجرم من الجزاء ما يتناسب على وجه الضبط معه .

فاللص اذ يسرق لأنه مدفوع الى ذلك بالفاقة ، ولأنه مفترق الى فضيلة الأمانة التي لم يتح له منذ حداثة المرى الذي يزوده بها ، إنما يرجع الذنب في سرقة الى هذين الطرفين أو الى غيرهما معهما ، ومهما سلمنا بوجود ذنب شخصي له فيما أتاه ، فإن من المستحيل أن يتحدد بالضبط قدر هذا الذنب كى يقاس بمقداره قدر الجزاء . واذ يحكم عليه بالحبس ثلاثة شهور مثلاً ، لا يستبعد مع ذلك أن تكون العقوبة المتناسبة مع نصيبه من الذنب الشخصي بالقياس الى ذنب الظروف ، أكثر أو أقل من ذلك القدر .

يعزز ذلك أن العدالة المطلقة المحققة للتوازن التام بين جسامته الخطيئة الشخصية للجاني وجسامته الجزاء المستحق عليه ، يعتبر تحقيقها أمراً علوياً ربانياً خارجاً عن مقدور قاض من البشر .

وما دام الأمر كذلك ، فإن الأجدى هو التسليم مع النظرية الوضعية الواقعية بأن أساس الجزاء الجنائي ليس تحقيق العدالة بقدر ما هو تحقيق غرض نفعي للمجتمع هو الدفاع الاجتماعي ضد الاجرام وتفادى ما عساه يطرأ على عدد الجرائم من ازدياد لو لم يكن الجزاء مقررأ موقعا .

(ثانياً) لإحلال المسؤولية القانونية *responsabilità giuridica* محل المسؤولية الأدبية *responsabilità morale* :

فما دام المجرم مسيراً غير مخير ، فليس له في جريمته خطيئة شخصية لأن الذنب فيها ذنب ظروفه ، وذلك حتى اذا كان عاقلاً راشداً .

وعلى الرغم من انتفاء خطيئته الذاتية ومن كون فعله وليد التفاعل بين الظروف التي كان من شأنها أن تنتجها ، فانه مسئول . ولكن من العبث أن تسمى مسئوليته بالمسئولية الأدبية ، لأنه ليس مبنيا ذنبا شخصيا ، والأصوب أن تسمى بالمسئولية القانونية .

ومعنى المسئولية القانونية أن كل شخص بدرت منه جريمة ، يجب أن يتخذ معه التدبير الكفيل بالألا يقع في الجريمة مرة أخرى .

وبعدئذ يستوى أن يكون ذلك الشخص مجنونا أو عاقلا ، غير مميز أو مميزا . فعلى أى الحالين يتعين تأمين المجتمع خطر ارتكابه لجريمة من جديد.

هذا التدبير المانع من جعل الشخص مصدر اجرام جديد ، ما دام من الواجب اتخاذه أيا كان نوع هذا الشخص من بين الأشخاص ، واستقلالا عما اذا كان الشخص مزودا بالتمييز والارادة الحرة أو غير مزود بهما ، هو الذى جعل المسئولية الجنائية التي اتخذت منها أداها ، مسئولية قانونية لاسئولية أدبية .

وبناء على ذلك ، لا يصبح بعد أى محل للكلام عما يسمى بموانع المسئولية الجنائية . فكل انسان ولو كان صبيا غير مميز أو كان مجنونا ، مسئول عن جريمته بمعنى وجوب خضوعه لتدبير كفيل بان يجنب المجتمع وقوع جريمة أخرى منه . وليس اخضاعه لهذا التدبير قهرا سوى صورة من صور المسئولية باعتبار ان القهر هو الجوهر المميز لها . ولا يبنى معنى المسئولية في التدبير ألا يكون التدبير عقابا في صورة حبس أو سجن وانما ايداعا للصبي في إصلاحية أو للمجنون في مستشفى للأمراض العقلية .

(ثالثا) العناية بالوقاية وتفريد العلاج :

١. فتى كانت الجريمة ثمرة طبيعية للتفاعل بين ظروف معينة مادية وشخصية واجتماعية ، فان الوسيلة الناجحة لتخليص المجتمع من أذاها هي الضرب

على هذه الظروف المهيئة لها والقضاء عليها قدر المستطاع ، وبذا تتحقق الوقاية من الجريمة ، أى تتضادى قبل أن تقع .

فن قبيل تلك الظروف المهيئة ، الفقر ، والجهل ، والمرض ، وعدم التربية منذ الحداثة ، وما يسود الناس من معتقدات اجتماعية ميسرة للجرام كعقيدة الأخذ بالتأثر مثلا .

وبذا تجدى الوقاية أكثر من العلاج .

أما عن العلاج ، وهو التدبير الذى يتخذ حالة وقوع جريمة بالفعل ، فلا يصح أن يكون واحدا غير متغير بتغير المحرمين .

وليس مجديا أن يزج بالمحرمين الواحد تلو الآخر فى سجن معين وان يخضعوا لنظام معين على ذات النحو وذات الوثيرة .

وانما يلزم أن تعالج فى كل منهم شخصيته حسب المواطن التى جعلت منها مصدرا للجرام ، الأمر الذى يقتضى دراسة شاملة للمجرم نفسا وجسدا وظروفا .

وهذا ما يعبر عنه بالتفريد ، أى أفراد معاملة خاصة لكل مجرم حسب حالته الخاصة .

والتفريد يتطلب تنوعا للمعاملة لا على أساس التفرقة بين العقلاء وبين المهانين ، أو بين الأحداث وبين الراشدين فحسب ، وانما كذلك على حسب نوع المجرم نفسه من بين أنواع الناس حتى اذا كان مندرجا فى فئة العقلاء الراشدين .

فهناك نفوس قابلة لأن تتطهر من شوائب الفساد فيها بفعل الألم ، فيتخذ مع أصحابها تدبير يغلب فيه الإيلاام وهو العقوبة بمعناها العادى القديم .

ولكن هناك نفوسا غير قابلة للانصلاح بالألم ، كنفوس المهانين والأحداث الصغار ، فيتخذ مع أصحابها تدبير يغلب فيه العلاج ، هو الإيداع فى المستشفى بالنسبة للمجنون ، والتفوييم والتهذيب بالنسبة للحدث . ذلك لأنه مع هؤلاء لا يجدى الإيلاام فى تجنيبهم الوقوع من جديد فيما ارتكبه من اجرام .

بل انه حتى بالنسبة للعقلاء الراشدين ، كثيرا ما يوجد من بينهم نوع ألف العقوبة واستمرأ ألمها واعتاد عليه حتى صار غير قابل للتأثر به ، وليس

لجرح بميت ايلام . فع هذا النوع لا يكون ثمة مانع من الاستغناء عن العقوبة وابدالها بتدبير يغلب فيه العلاج على الايلام .

ذلك هو المصدر الذى انبعث منه فى القانون الجنائى العصرى نوع جديد من التدابير الجنائية ظهر بجوار العقوبة ليوذى ذات الغرض الذى تهدف اليه العقوبة حيث تكون العقوبة قاصرة عن تحقيقه ، أى غرض الحيلولة بين المجرم وبين أن يكون مصلرا للجريمة الجديدة . ونعنى بهذا النوع الجديد التدبير الوقائى أو الاحترازى *misura di sicurezza* . فهو تدبير لا يميزه عن العقوبة سوى أن العلاج فيه غالب على الإيلام .

تلك هى المدرسة الوضعية الإيطالية وذلك هو منطقها . وتعتبر جهودها أقوى محاولة عرفها تاريخ الانسانية كان من شأنها تحويل العناية الى شخص الفاعل بعد أن كانت كلها محصورة فى مادة الفعل (١) .

ومن أطلقوا صيحة فى هذا السبيل كذلك ، العالم الايطالى *Raffaele Garofalo* اذ نادى بضرورة تغليب مقتضيات المنع الخاص *prevenzione speciale* اذا حدث تعارض بينها وبين مقتضيات المنع العام *prevenzione generale* .

فال مقصود بمقتضيات المنع العام الحيلولة بين جمهور الناس عموما وبين أن يجرؤ احد منه على محاكاة الجنائى فى فعلته ، الأمر الذى يتطلب بالضرورة غلظة فى العقوبة الموقعة على الجنائى قد تصل الى حد ساقى لآدميته كفىل بافزاع الكافة وإرعابهم . هذا هو معنى العمومية فى المنع .

(١) من سبقوا المدرسة الوضعية فى بلل جهود هذا السبيل ، العالم الايطالى لومبروزو ، الذى كان أول من ففرس فى آدمية المجرم كإنسان متجا المرة الأولى النهج العلمى القائم على المشاهدة والتجربة ، ولاحظ فى أحد المجرمين الذين فصحهم تجويفا فى مؤخر جبهته شبيها بما يوجد فى القرد ، فخلص فى الطبعة الأولى من كتابه الى تمت المجرم بأنه إنسان وحش .
CESARE LOMBRROSO "L'uomo delinquente" Milano, 1876 - Torino 1896 - 97, 1924.

والمراد بمقتضيات المنع الخاص الحلولة بين ذات الشخص الذي أجرم وبين أن يعود هو شخصيا إلى الاجرام من جديد ، وهذا هو معنى الخصوصية في المنع .

فحصا على آدمية المحرم ، وفي سبيل الانتفاع به فيما يمكن أن يكون صالحا له ، وتحويله الى عضو صالح في جسم المجتمع وساعد نافع من السواعد البناءة فيه ، لا يكثر بمقتضيات المنع العام حين تتعارض مع مقتضيات المنع الخاص (١) .

* * *

هذه المامة سريعة بما كان للايطاليين من فضل على علم الجريمة والجزاء . ولا يتسع المجال للكلام عن هذا الفصل تفصيلا وعلى الأخص عن مجاله العصري الحديث (٢) .

وسرى أن توجيههم الانتباه الى شخص الفاعل بعد أن كان محصورا في مادة الفعل ، ترددت أصداؤه في القانون الجنائي نفسه ، سواء فيما تعلق منه بالفعل أو بالفاعل أو بالمسئولية على ما سرى .

وحسبنا أن نقول منذ الآن ان دراسة الايطاليين للجريمة كحقيقة واقعية ، كان لها أبعد الأثر في الجريمة كحقيقة قانونية ، وكان تأسيسهم لعلم الاجرام عامل نهوض بالقانون الجنائي قرّب بينه وبين دنيا الواقع ، وجعله ولا يزال جاعلا إياه أفضل في الغد مما كان عليه في الأمس .

Raffaele Garofalo "Criminologia" — Torino 1891. (١)

(٢) يرجع في ذلك الى مؤلفنا في علم الإجرام .

(أولا)

في النظرية العامة للفعل

(١)

في الجريمة كحقيقة قانونية

المراد بالجريمة كحقيقة قانونية هو مادة فعلها ، أى السلوك الذى يتمثل فيه فعلها ، والموضوع الذى يرد عليه هذا السلوك .

فن حيث السلوك ، تتمثل الجريمة فى إيقاع ضرر أو تعريض للخطر . ولنا عود الى ذلك حين نتحدث عن الركن المادى للجريمة .

ومن حيث الموضوع الذى يرد عليه السلوك ، يجب أن يكون هذا الموضوع مالا فرديا أو اجتماعيا يتعلق بصيانتة حتى المجتمع فى الكيان والبقاء أى فى الحياة والوجود .

وتحديد الموضوع الذى يجب أن يدور السلوك حوله كى يعتبر السلوك جريمة فى نظر القانون ، أى تحديد المال الفردى أو الاجتماعى الذى يعتبر الإضرار به أو تعريضه للخطر جريمة ، هو فى حقيقة الأمر القطب المصعبى لنظرية التجريم والحكمة التى يستمد منها النص الجنائى وجوده .

فالتجريم معناه الصاق صفة الجريمة بسلوك ما ، بكل ما تستتبعه هذه الصفة من آثار أهمها إيقاع جزاء معين يصيب صاحب هذا السلوك ، فى حياته أو بدنه أو حريته أو ماله أو شرفه واعتباره ، أى الجزء الجنائى المنصوص عليه فى قانون العقوبات سواء فى صورة اعدام أو أشغال شاقة أو حبس أو سجن أو غرامة أو نشر للحكم بالادانة على صفحات الجرائد ، الى غير ذلك مما نص عليه فى هذا القانون .

ويحقق التساؤل عن المال الفردي أو الاجتماعي الذي يلزم أن يلحق به السلوك ضررا أو خطرا ، كى يصبح السلوك جريمة في نظر القانون ويجر لصاحبه بالتالى جزاءا جنائيا بالمعنى المتقدم .

وقد أجاب على هذا التساؤل عديدون من أئمة الفكر القانوني في إيطاليا وألمانيا ، لا يتسع المجال هنا لإيراد آرائهم (١) . ولذا نكتفى بعرض رأينا الشخصى في هذا الصدد .

ورأينا الشخصى أن السلوك الانساني لا يعتبر في نظر القانون جريمة إلا اذا تمثل في إلحاق الضرر أو خطر الضرر بمال تعتبر صيانتة في نظر المجتمع — ممثلا في سلطته التشريعية — شرطا جوهريا من شروط كيان المجتمع ووجوده أو ظرفا مكملا لهذا الشرط .

ذلك هو تعريفنا للجريمة كحقيقة قانونية .

وسبق أن حددنا في موضع آخر المقصود بكلمة « المال » (٢) . فليس المقصود به نقودا أو شيئا ذا قيمة مالية فحسب ، وانما يشتمل معناه على كل قيمة تشيع لفرد أو لجماعة من الأفراد حاجة ما ، مادية كانت هذه الحاجة أو معنوية .

فالعقيدة الدينية مثلا ، تعتبر مالا بهذا المعنى ، لأنها تشيع لفرد أو لجمع من الأفراد حاجة معنوية لا مادية .

وصون سر المهنة ، مال معنوى ، لأنه يشيع للناس حاجة معنوية لا مادية ، هي الحاجة الى صفاء النفس والى الشعور بالطمأنينة كلما اقتضت ضرورة ما البوح بسر الى صاحب مهنة ما من المهن اللازمة في سبيل أن يستقيم عيش الناس .

(١) يرجع في ذلك الى رسالتنا الأولى بالإيطالية «La tutela penale dei diritti privati di obbligazione.» Roma. 1950.

(٢) يرجع في ذلك الى بحثنا في مجلة الحقوق (المددين الأول والثاني) من السنة السادسة تحت عنوان «فكرة القصد وفكرة الفرض والغاية في النظرية العامة للجريمة والعقاب» .

ويستوى في نظر القانون الجنائي أن تكون الأموال التي يصونها ويعتبر الاضرار بها أو تعريضها للخطر جريمة ، أموالا مادية أو أموالا معنوية .

وكل ما يلزم في سبيل اعتبار السلوك جريمة والنص على اعتباره كذلك في التشريع ، أن يكون المال الذي ألحق به السلوك ضررا أو خطرا ، لا من الشروط الإضافية اللازمة لحسن المجتمع وكماله ، وإنما من الشروط الجوهرية اللازمة لكيان المجتمع ووجوده أو من الظروف المكملة لهذه الشروط .

فما يتوقف عليه كيان الحياة الاجتماعية ووجودها ، لا حسنها وكمالها فحسب ، أن يكف المرء عن المساس بسلامة جسم أخيه ، أو ازهاق روح غيره ، أو أخذ مال للغير خلسة عن صاحبه ، أو تملك مال ائتمنه الغير عليه بمناسبة ما يتطلبه التعامل من ضرورة ائتمان الانسان لآخر على ماله ، إذ لو تضارب الناس أو تجارحو أو تقاتلوا أو تسارقوا أو خانوا بعضهم البعض ، لتضيق شملهم وانفض جمعهم ، وانهار الرباط المسك بتعايشهم معا في حياة مشتركة ، وتقوض بالتالي كيان حياتهم الاجتماعية ووجودها .

ولكي تكون حماية تلك الشروط الجوهرية اللازمة لكيان المجتمع وبقائه أنفذ وأفضل ، لم يكن بد من أن تمتد الحماية كذلك حتى الى الظروف المكملة لهذه الشروط .

فحق الانسان في سلامة حياته وبدنه ، تعتبر صيانتها شرطا جوهريا من شروط كيان المجتمع وبقائه لا محض شرط اضافي من شروط الحسن والكمال .

غير أنه في سبيل أن تكون صيانة الحق المذكور أفضل ، كثيرا ما يتطلب الأمر منع سلوك لا يعتبر ماسا بهذا الحق في ذاته وإنما يظرف باعتباره مكمل له .

فإطلاق عيار نارى في منطقة آهلة بالسكان ، احتفالا بمناسبة أو بعيد ، لا يعتبر سلوكا ماسا بحق الغير في الحياة أو في سلامة البدن ، وإنما يظرف مكمل لهذا الحق هو الامتناع عن كافة ما يحتمل أن يهدد ولو من بعيد الحق نفسه .

ولذا اعتبر القانون ذلك السلوك في ذاته مجردا عن أية نتيجة يمكن أن تترتب عليه ، مكونا لمخالفة (المادة ٣٧٩ / ٢) .

حقيقة ان المخالفة جريمة غير جسيمة ، ولكنها على كل حال جريمة . ويمكن القول ، بأن الجنايات كلها يعتبر أساس تجريمها المساس بشرط جوهرى من شروط كيان المجتمع ووجوده ، وبأن الحال كذلك في كثير من الجنح . وأما المساس بظرف مكمل لهذا الشرط الجوهرى فهو عادة أساس التجريم في المخالفات كلها وفي بعض الجنح .

ورب قائل يعترض على ذلك ، وينسب الى القانون الجنائى أنه مربى الشعب ومؤدبه ، وأنه يصون لا شروط الكيان والوجود وما يكملها من ظروف فحسب ، وانما شروط الحسن والكمال كذلك .

ولكن ردنا على هذا المعترض ، أن تحقيق الحسن والرق باخلاق الناس الى الكمال ، أمر يفوق طاقة البشر ، وقد رصد له الرسل والأنبياء ، وكان ولا يزال أمرا عسيرا إن لم يكن مستحيلا .

وليست التولية هي التي تتكفل بهذا الأمر على كل حال ، لأنها اذا صغرت له قانونها الجنائى ، لاستغفلت في سبيل تطبيق هذا القانون كافة طاقاتها ومواردها ، ولذهبت في سبيله ميزانية الدولة المالية بأجمعها ، دون وصول مع ذلك الى الهدف المنشود ، ودون عناية مع ذلك بأمر عديدة يتوقف عليها هي الأخرى كيان المجتمع ووجوده أو حسنه وكماله ، غير طريقة التعامل والسلوك بين الناس ، ومن هذه الأمور صون الصحة العامة ضد الأمراض والأوبئة والجرائم ، وصون كيان المجتمع ضد العدو المغير ، أو ضد قوى الطبيعة في مظاهر ثورتها كالفيضانات ، الى غير ذلك من مجالات لا بد من أن ينحصرها من القدرة المالية والطاقة العملية للدولة نصيب .

ذلك لأن جهاز القانون الجنائى يكلف الدولة في عمليات تسييره أعباءا مالية ضخمة لا يستهان بها ، هي مرتبات الشرطة على اختلاف درجاتهم ،

ورجال التحقيق والحكم أى أعضاء النيابة والقضاة الجنائيين بكافة رتبهم ، وحراس السجون والقائمين على التنفيذ فيها ، ونفقات تشييد السجون ذاتها وتزويدها وتبليتها لاستقبال نزلائها ، ومصاريف غذاء المسجونين وكسائهم الى غير ذلك من أمور جعلت الأستاذ الايطالى Francesco Antolisei يقرر أن حق الدولة فى انزال العقاب سيف لا مقبض له ينجرح منه الضارب به فضلاً عن المضروب (١)

Una spada senza impugnatura in quanto ferisce anche colui che la adopera.

أما القضاء المدنى مثلاً أو القضاء الادارى ، فلا يكلف الدولة من النفقات ما يكلفه اياها القضاء الجنائى . وحتى اذا كان الجزء الجنائى غرامة ، فان أهم مميزات لها عن التعويض كجزاء مدنى ، قابليتها للتحويل الى عقوبة بدنية فى حالة الاعسار ، ومن ثم يكون استيفائها أثقل عبئاً على الدولة من استيفاء التعويض .

لم نجد الدولة بدءاً - والأمر كذلك - من تقييد مجال القانون الجنائى وقصره على ما يكون من بين أنواع السلوك بالغاً فى جسامته المادية حد المساس - بضرر أو تعريض للخطر - بشرط جوهرى من شروط كيان المجتمع وبقائه أو بظرف مكمل لهذا الشرط ، تاركة أمر السلوك الماس بشروط الحسن والكمال الى الفروع الأخرى من القانون ، كالقانون المدنى والقانون الادارى أو الى عناية أرباب الأسر والمعلمين والمربين ورجال الدين .

فن يقتضى مبلغاً من النقود ويحجم عن رده الى صاحبه ، ومن يقضى وطره من فناة راشدة عن طريق اغوائها واغرائها بالزواج دون أن يتزوجها ، لا يعاب به القانون الجنائى ولا يعتبر الاشتغال بأمره من شؤون النيابة العمومية ، وانما يكثر به ويتولى أمره القانون المدنى .

Antolisei "Manuale di diritto penale", parte generale, 1949, p. 87,88. (١)

والعلة في ذلك ، أن الدائن المقرض أغفل الحيلة الواجبة في حق نفسه ، بأن وضع ثقته في غير موضعها ، وأولاهما لمن لا يستحقها ، وفرط في حماية كان في وسعه أن يوفرها لذاته بمجهوده الشخصي دون حاجة الى حماية القانون الجنائي ، فعليه تقع مقبة ذلك . والفتاة الراشدة — أى المتجاوزة من العمر ثمانى عشرة سنة — كان في وسعها هى الأخرى أن تتفادى ما حاق بها من ضرر بمحض ارادة منها ، واذا شاءت أن ينزل بها ما حدث لها فلا تلومن الا نفسها ، حتى أنه قيل ان المرأة فاتنة لا مفتونة ، غاوية لا مغوية ، فهى ان أوقعت في هواها رجلاً ، فليس لها بعدئذ أن تجعل منه جانياً عليها ، الأمر الذى يقوم بسببه الشك حتى فيما اذا كان لها الحق في أن تنال عن اغوائها من ذلك الرجل تعويضاً ، لا سيما والاغواء كانت المتعة فيه من جانبها كذلك .

فلا شأن للقانون الجنائي بهذين النوعين من الأفعال أو ما يشبههما ، لأن المحدينين بحماية القانون هم المستيقظون الساهرون على حقوقهم لا النائمون الملهثون عنها *Vigilantibus non dormientibus iura succurrunt* ولأن التزام المدين في قرض الوفاء بما اقترضه ، أو التزام الرجل بالاحجام عن المتعة بامرأة ليست زوجته الشرعية ، انما هما شرطان من شروط حسن الحياة الاجتماعية وكاملها ، وليسا من الشروط الجوهرية التى يتوقف عليها كيان هذه الحياة ووجودها ، ومن ثم يدخلان في مجال القانون المدني لا في مجال القانون الجنائي .

وما دام الأمر كذلك فان الجريمة كحقيقة قانونية ، ان كانت من الناحية الشكلية البحتة سلوكاً قرر له القانون جزاءاً جنائياً ، فانها من الناحية الموضوعية سلوك — يعتبره الشعب ممثلاً في مشرعه — محلاً بشرط جوهرى يتعلق به حق المجتمع في الوجود والبقاء أو بظرف مكمل لهذا الشرط .

ومنى استقر ذلك ، يصبح من اليسر بعد ذلك تحليل الجريمة كحقيقة قانونية الى أركانها الداخلة في تكوينها طبقاً للنص المحدد لها في قانون العقوبات أى على أساس النص لا الحكمة المستمد منها النص .

فهى كسلوك عطور وصفه النص ، تتكون من ثلاثة أركان ، أولها سلبى يتمثل فى عدم الوجود لا فى الوجود ، ويراد به عدم وجود سبب يبيع السلوك ، والثانى هو الركن المادى للجريمة أى الوجه الخارجى المحسوس للسلوك المكون لها ، والثالث هو الركن المعنوى أى الوجه الداخلى النفسانى لهذا السلوك .

فجريمة كالقتل مثلاً ، ركنها المادى هو الوجه الخارجى المحسوس للسلوك المكون لها ، أى تهويب السلاح وإطلاق مقلوف منه يصيب المحبى عليه فى مقتل فيقضى عليه ، أو لإعمال السلاح الحاد فى جسم المحبى عليه بطعنه طعنات قاتلة ، وركن المعنوى هو الوجه الداخلى النفسانى لذلك السلوك أى انعقاد نية القاتل على ازهاق روح المحبى عليه .

وشأن الجريمة فى ذلك شأن كل سلوك انسانى ، اذ لا بد فيه من وجه خارجى مادى ، ووجه باطنى نفسانى .

على أن القاتل قد يرتكب قتلأى يأتى فعلاً الأعمال التنفيذية للقتل ، وتكون نيته منعقدة بالفعل على القتل ، ومع ذلك لا تتوافر فى سلوكه صفة الجريمة ، كما اذا كان يدافع شرعاً عن نفسه ضد خطر الاعتداء على حياته ، فصريح غريمه قبل أن يصرع منه . فالقتل فى هذه الحالة يوجد فيه ركنه المادى وركنه المعنوى كذلك ، ولكن ينقصه ركن تخلف السبب المبيع .

من أجل ذلك نشأت ضرورة اضافة ركن ثالث فى الجريمة الى جانب ركنها المادى والمعنوى ، وهو ألا يوجد سبب يبيع السلوك المكون لها .

وخلاصة ما تقدم ، أن للجريمة كحقيقة قانونية تعريفين ، فلها تعريف شكلى مستمد من النص ، ولها تعريف موضوعى مستمد من الحكمة التى أوحى بالنص .

فتعريفها الشكلى ، أنها سلوك معين نص له قانون العقوبات على جزاء جنائى ، وأورد له فى هذا النص الوصف المحدد لوجهه المادى ولوجهه

النفساني ، وحدد الحالات التي يكون فيها - على سبيل الاستثناء - سلوكاً مباحاً مبرراً .

أما تعريفها الموضوعي فهو أنها سلوك يراه الشعب - ممثلاً في مشرعه - ماساً بشرط جوهري يتعلق به حق المجتمع في الوجود والبقاء أو بظرف مكل لهذا الشرط .

وكل من التعريفين يلور - كما هو واضح - حول الجريمة من حيث كونها فعلاً ، أكثر مما يتصل بشخص المجرم من حيث كونه فاعلاً .
ذلك ما يميز الجريمة كحقيقة قانونية .

أما ما يميزها كحقيقة واقعية ، فهو كما سنرى شخص الفاعل أكثر من مادة الفعل .

وسنرى بمناسبة كلامنا عن أركان الجريمة في التعريف الشكل بها ، أن لحقيقتها الواقعية تأثيراً كبيراً على تصويرها كحقيقة قانونية ، أو بعبارة أخرى أن لشخص الفاعل وزناً واعتباراً ينعكس كذلك على مادة الفعل .

(٢)

في الجريمة كحقيقة واقعية

ليست الجريمة - بالنظر الى فاعلها - سوى اشباعاً لغريزة انسانية بطريق شاذ لا يسلكه الرجل العادي حين يشبع الغريزة نفسها .

والغرائز الانسانية الأساسية معروفة . وقد اختلفت تقسيمات علماء النفس لها . ومهما كان أمرها ، فإنه من الممكن ردها الى غريزة بوحدة هي غريزة الكيان والبقاء ، أي حرص الانسان على أن يصون وجوده ، سواء أكان هذا الوجود مادياً أم أدبياً .

ومن هذه الغريزة الجوهريّة الرئيسية تتشعب فروع درج علماء النفس على اعتبار كل منها غريزة قائمة بذاتها .

وعلى أية حال ، فإن أهم الغرائز الانسانية وأظهرها لا يتعدى فوق غريزة الكيان والبقاء ، غريزة القتال والدفاع ، وغريزة الاقتناء ، والغريزة الجنسية .

غريزة القتال والدفاع هي الميل الفطرى الى الاقدام تارة والاحجام تارة أخرى سواء فى صورة فعل أم فى صورة قول ، حسب مقتضيات الأحوال وما يتطلبه فى كل حالة الحرص على الكيان الذاتى سواء أريد به الكيان المادى أم الكيان الأدى . ومن الواضح تشعب هذه الغريزة عن غريزة الكيان والبقاء .

وغريزة الاقتناء هي الميل الفطرى الى الاحراز والامتلاك ، وظاهر أنهما من لوازم الحرص على الكيان كذلك .

والغريزة الجنسية هي الميل الفطرى للرجل الى المتعة بالمرأة أو للمرأة الى المتعة بالرجل . وهى الأخرى من مظاهر غريزة الكيان والبقاء ، لأنها لا تشبع للإنسان احساسه بكيانه فحسب ، وإنما تفتح له طريق النسل الذى يعتبر امتداداً لشخصه واستمراراً لوجوده .

هذه الغرائز توجد فى بنى الإنسان أجمعين ، بمعنى أن الغريزة التى يهدف المجرم الى اشباعها عن طريق الجريمة ، توجد فى كافة الناس حتى فى غير المجرمين منهم ، غاية الأمر تعتبر الجريمة اشباعاً لها بطريق شاذ لا يسلكه الرجل العادى حين يشبعها هى حينها .

فغريزة الكيان والبقاء بما يتفرع عنها من غريزة قتال ودفاع ، لا تدفع بالرجل العادى الى احداث ضرر بجسم الغير أو بشرف الغير واعتباره أو الى ازهاق روح الغير ، مهما كان هذا الغير خصماً .

ذلك لأن الرجل العادى لا يرى فى سبيل صون كيانه الذاتى أى داع لاعدام كيان الغير أو المساس به ، ومن ثم لا يرتكب قتلاً ولا جرحاً ولا قلعاً ولا سباً .

وغريزة الاقتناء تدفع بالرجل العادى الى الكفاح فى سبيل العيش بعمل من الأعمال المشروعة وطريق من طرق الرزق الحلال ، يكفل له الحصول على كافة ما يبتغيه من المقتنيات والأموال ، وليس من شأنها أن تفضى به فى سبيل ذلك الى أخذ مال الغير خلسة ، أو احتيالا ، أو خيانة للأمانة .

والغريزة الجنسية تسوق الرجل العادى الى مراودة المرأة عن نفسها بدون اكراه أو خداع كى تستسلم له بمحض رغبها وهواها ، وليس من شأنها أن يغوى فتاة قاصرة أو يقتصب امرأة راشدة عنوة وقهراً ، أو يلجأ الى المتعة بامرأة حاله كونها مرتبطة مع آخر برباط الزوجية ، أى ليس من شأن الرجل العادى أن يشبع تلك الغريزة بهتك عرض أو اغتصاب أو اشتراك فى زنى .

فناط الجريمة — بالنظر الى شخص فاعلها — هو صفة الشلوذ فى سلوك هذا الفاعل ، من حيث كونه يشبع غريزة انسانية على نحو لا يتجهج الرجل العادى حين يشبع الغريزة نفسها .

ولأن الانحراف عن سلوك الرجل العادى هو أساس صفة الشلوذ فى الجريمة ، والمهور الذى تدور حوله حقيقتها الواقعية ، فسرى كيف أن وصف الجريمة يرتفع بالتالى عن السلوك قانونا كلما كان من شأن الرجل العادى لو وجد فى ذات الظروف أن يتخذ السلوك نفسه .

وقبل أن نتحدث عن ذلك ، يعيننا أن نحدد المقصود بالرجل العادى فى مجال تطبيق القانون .

وما لاشك فيه ، أنه ليس المقصود بالرجل العادى الرجل الكامل جسما ونفسا . ذلك لأن الرجل الكامل من كل النواحي والطبيعى من كل الوجوه لا وجود له فى دنيا الناس . فلا يخلو أى انسان من نقيصة أو أكثر تتمور سمته الجسدية أو سمته النفسية . ولذا قيل بحق ان الرجل الطبيعى الكامل لا وجود له . والمقصود بمن جرى التعبير الدارج على تسميته بالشخص

الطبيعى ، ذلك الشخص الذى يعتبر طبيعياً لا فى كل خصيصة من خصائصه ، وإنما فى جملة خصائصه بالنظر إليها فى مجموعها والمقارنة بين هذا المجموع وبين مثيله فى معظم الناس (١) . ومن علماء النفس من يقرر كذلك بحق ، أن الجنون ليس فى حقيقته سوى صورة مكبرة لما يوجد فى الرجل العادى على صورة مصغرة (٢) .

ولما كان الأمر كذلك ، وكان الرجل الطبيعى الكامل لا وجود له ، فإنه لا يوجد بد من تعريف الرجل العادى ، بأنه ذلك الرجل الذى يوجد لديه من المملكات الانسانية النفسية قدر اجمالى لا يقل عن مجموع متوسطات ما يوجد منها فى السواد الغالب بين الناس .

ف فكرة الرجل العادى اذن فكرة الرجل المتوسط فى وظائف أعضائه ، وفى ذكائه ، وفى حاجاته الغريزية ، وفى نصيبه من المعرفة النظرية بوجوه الخير والشر ، وفى حظه من التعلق عاطفياً بالأول والنفور من الثانى .

وسنعالج فيما يلى أركان الجريمة كحقيقة قانونية ، لنبين بمناسبة حديثنا عن كل ركن ، كيف أن لفكرة الرجل العادى نصيباً كبيراً فى تحديده ، وكيف أن الجريمة كحقيقة واقعية لها الشأن كل الشأن فى التصوير القانونى للجريمة نفسها .

(٣)

فى الركن الأول

تخلف السبب المبيح

المراد بالسبب المبيح ، ظرف مادى خارجى يرتب القانون عليه ارتفاع صفة الجريمة عن السلوك ، رغم أن السلوك يعتبر فى الأصل جريمة .

(١) Niceforo "Criminologia", III, p214,215

(٢) Niceforo. Op. cit, p. 451

فالسُّلوك اذ ذاك يتوافر به الوجه الخارجى والوجه الباطنى اللّازمان
لاعتباره جريمة حسب النص الذى يخلع عليه هذا النعت . ومع ذلك يرتفع
عنه وصف الجريمة بفعل ظرف مادى خارجى جعل له القانون أثر تجريد
السُّلوك من هذا الوصف استثناء ، وتحويله من سلوك اجرائى الى سلوك مباح .

وسرى فيما يلى العلة التى من أجلها اعتبرنا السبب المبيح ظرفاً مادياً
تجارئياً ولم نعتبره ظرفاً باطنياً نفسانياً .

وانما نبداً الآن بالكلام عن الأسس التى يستلهمها القانون فى الاعتراف
بذلك الظرف كسبب مبيح للجريمة ، وفى أعمال آثاره بعد الاعتراف به .

تلك الأسس لا تتعدى أساسين هما :

موقف الرجل العادى — والعرف الذى تواضع الناس عليه .

فالرجل العادى — على ما قلنا — هو المعيار الذى عول القانون عليه
فى التجريم ، اذ جعل صفة الجريمة لصيقة بالسلوك الشاذ من الناحية الاجتماعية
كلما بلغ من الجساماة الحد الذى سلف لنا بيانه ، وعلق الشلوذ فى السلوك
على كونه منحرفاً عن سلوك الرجل العادى لو وجد فى ذات الظروف .

وما دام الانحراف عن سلوك الرجل العادى هو معيار نعت السلوك
بالشلوذ الاجتماعى ومن ثم بالاجرام ، فيكون من الطبيعى عقلاً أن يتجرد
السلوك من صفة الشلوذ وبالتالى من صفة الاجرام ، كلما تطابق على العكس
مع سلوك الرجل العادى ، لو أن هذا الرجل وجد فى ذات الظروف التى
أفضت الى اتيانه .

فالمستوى الذى يطالب القانون الناس بأن يكونوا عليه فى سلوكهم ،
هو مستوى الرجل العادى ، أى الرجل الذى يوجد لديه من طاقة الكف
عن اىذاء الآخرين ، القدر المتوسط لتوافرها بين الناس ، حسب الغالب
فى مجايها نفوسهم ، لاحسب العبرى القذ فيهم أو الرفيع منهم فى خلقه رفعة
الملائكة ، وهو — إن وجد — نادر لا يقاس عليه .

وقد قلنا ان الجريمة اشباع لغريزة انسانية بطريق شاذ لا يسلكه الرجل العادى حين يشبع الغريزة نفسها .

وينبنى على ذلك ، أنه حيث يشبع الشخص غريزته بطريق كان من شأن الرجل العادى أن يسلكه لو وجد في ذات الظروف ، يرتفع اذ ذاك عن سلوك الشخص وصف الجريمة .

فالتطابق مع سلوك الرجل العادى في ظروف الحال ، هو الأساس في اباحة السلوك ، مادام الانحراف عن سلوك الرجل العادى هو الأساس في تجريمه .

ولو أن انساناً رأى آخر بهم يقتله ، فأسعف نفسه بنفسه ، وقتل هذا قبل أن يقتل منه ، فان هذا القتل مع كونه متعمداً لا يعتبر سلوكاً شاذاً في اشباع غريزة الكيان والبقاء ، لأن الابقاء على الذات — وظروف الحال كذلك — لم يكن متأثراً بدمون اعدام الغير ، والا لصار هذا الغير هو القاتل لو لم يقتل ، ولكان هو الآخذ لو لم يؤخذ أولاً ، وهذا ما يعبر عنه ، في شروط اباحة الدفاع ، بشرط حلول الخطر .

فأساس اعتراف القانون بالدفاع الشرعى كسبب لابطاح الجريمة ، ليس — على ما هو واضح — سوى أن الرجل العادى كان ليسلك طريق الجريمة لو حاق به نفس الظرف ، وكان لا يجد فيه من الجريمة بدأً في سبيل اشباع غريزة الكيان والبقاء .

ولو أن انساناً رمت به المقادير في صحراء جرداء بعيدة عن العمران ، وعلم فيها السبيل الى الاتصال بالناس وبأسباب الحياة من طعام وشراب ، وبعد أن قضى في الجوع والعطش زمناً صار بعده من الموت قاب قوسين أو أدنى ، مر به أعرابي مزود بقليل من الغذاء والماء ، فطلب الى هذا الأعرابي بعض ما عنده ، فرفض هذا الأخير الاجابة الى هذا الطلب ، فغافل الاعرابي وأخذ من زاده خلصة عنه رخيص خبز وقدح ماء ،

فانه لا يرتكب في ذلك جريمة سرقة ، وان كان ملوكه مما ينطبق عليه هذا الوصف أصلا ، لأنه لو وجد في ذات الظرف رجل عادى ، ما كان يتوانى فيه عن إثبات السلوك نفسه .

ذلك هو أساس اعتراف القانون بحالة الضرورة كانع للعقاب .

فهذا الأساس ، هو أن الرجل العادى ما كان يمنع عن سلوك طريق الجريمة لو وجد في ذات الظرف ، أى ما كان يجد فيه بدأ من الجريمة في سبيل اشباع غريزة الاقتناء على نحو فيه تلبية كذلك لغريزة الكيان والبقاء .

ولنا الى ذلك عود حين نتحدث عن حالة الضرورة .

ولو أن انساناً عقد زواجه من امرأة ، وظل يراودها ويحبها اليه غير أنها التزمت معه تمنعاً وعزوفاً ، فأتابها قهراً عنها ، لا يرتكب - وعقد الزواج قائم - أية جريمة ، لأن من شأن الرجل العادى لو وجد في ذات الظرف أن يشبع غريزته الجنسية بذات السلوك ، ومن ثم يرتفع عن هذا السلوك عنصر الشلوذ الذى كان أساس نعته أصلا بوصف الاجرام الجنسى (الاغتصاب) .

فأساس اباحة السلوك الذى كان في الأصل جريمة جنسية ، أنه في ذلك الظرف لا يعتبر اشباعاً للغريزة الجنسية بطريق شاذ ، اذ لو وجد رجل عادى في الظرف حينه لكان يسلك ذلك السلوك في اشباعه لهذه الغريزة .

وبالاضافة الى ما تقدم ، قلنا ان اباحة الجريمة قد ترجع الى عرف تواضع عليه الناس وجعل لظرف معين أثر اجازة سلوك من شأنه - لو اتخذ في غير هذا الظرف - أن يعتبر مكوناً لجريمة .

وليس العرف الا تعبيراً عن ارادة الشعب ، يتحقق في صورة فعل لا في صورة قول .

وأياً كان العرف ، فليس من شأنه أن يخلع صفة الإباحة المطلقة ،
وفي جميع الأحوال ، على سلوك اعتبر مكوناً لجريمة بنص صريح في القانون .
وكل ما ينشأ من العرف ، هو اعتبار هذا السلوك - رغم صفة الجريمة
الثابتة فيه - جائزاً مباحاً في بعض حالاته ، لا في كل هذه الحالات .
ذلك لأن إجازته أو إباحته في كل حالاته ، معناها إهمال النص القاضي
بتجريمه ، ولا يلغى النص إلا نص مثله . وحين يعن للشعب رفع صفة الجريمة
عن سلوك منصوص في القانون على عقابه ، فلا يكون ثمة سبيل إلى ذلك
سوى التعبير عن تلك الإرادة بالطريق المصحح عنها والكفيل بجعلها قانوناً ،
فيصدر نص جديد لإلغاء النص القائم . فإذا لم يتحقق ذلك ، لا يترتب
على العرف سوى الحد من مجال تطبيق النص ، دون إيقاف كلى لتطبيقه .

ولا ينشأ عملاً أى عرف مقيد لنطاق تطبيق النص ، إلا في حالات خاصة
يحقق فيها السلوك المجرم مصلحة اجتماعية تبرر إجازته لأنها تملو على المصلحة
التي اقتضت تجريمه (١) .

فالجراحة كآسلوب من أساليب الطب ، تحقق في مجال التطبيب والعلاج
مصلحة اجتماعية تملو على تلك التي اقتضت أن يعتبر أحداث جرح بجسم
الغير مكوناً لجريمة جرح .

والملاكمة كآسلوب من أساليب الرياضة البدنية المقومة للجسم وللنفس
معاً ، تحقق مصلحة اجتماعية تملو على تلك التي تطلبت أن يعتبر إيلاام جسم
الغير مكوناً لجريمة ضرب .

والتصرف في المال المحجوز عليه بعد سداد الدين المحجوز من أجله ،
يحقق مصلحة أعلى من تلك التي تقتضي الإبقاء على هذا المال محبوساً
في سبيل الاحترام الواجب للسلطة الأمرة بالحجز ، لأن تطلب الاجراءات
اللازمة في سبيل رفع الأمر بالحجز ، وعدم الاكتفاء في رفعه بسداد الدين

Antolisei "Manuale di diritto penale" Parte gen. 1949 - p. 110. (١)

الموقع المحجوز بسببه ، من شأنهما أن يتعطل الوفاء بالديون لأصحاب الحق فيها ، اذ يرى المحجوز عليهم أن هذا الوفاء في ذاته لا يجدى في سبيل تحرير أموالهم المحجوز عليها ، فيترآخون فيه الى أن يتم تحريرها باتخاذ اجراءات رفع الحجز . ولذا فان تصرف المحجوز عليه في ماله ، ما دام مسبقاً بسداد الدين المحجوز من أجله ، تبيحه مصلحة أعلى من تلك التي اقتضت في الأصل اعتبار هذا التصرف مكوناً لجريمة اختلاس الأشياء المحجوز عليها قضائياً أو ادارياً .

ذلك هو أساس جريان العرف على اباحة الجراحة الطبية والرياضة البدنية والتصرف في الأموال المحجوزة عقب الوفاء بالدين المحجوز بسببه .

ولا شك في أن الاباحة مقيدة بشروط تكفل العرف ذاته بتحديددها .

فيلزم مثلاً في الجراحة أن يؤديها شخص من المرخص لم بأدائها ، لأنه ذو خبرة فيها ، لا كل شخص أياً كان ، والا اعتبرت جريمة جرح حسب الأصل .

ويلزم في الملاكمة أن تجري في مباراة نظامية دبر أمرها على أصول الرياضة ، لا مجرد أن خصمين من الناس قد ارفضيا الالتقاء اليها احتكاماً الى القوة في فض نزاع قائم بينهما ، والا اعتبرت حسب الأصل جريمة ضرب أو جرح .

ويلزم للتصرف في المال المحجوز عليه ألا يكون هناك نزاع حول حصول الوفاء بالدين المحجوز من أجله ، والا اعتبر هذا التصرف حسب الأصل جريمة اختلاس لمال محجوز عليه الخ ..

ومما تقدم ذكره يبين أن سبب الاباحة ظرف مادي واقعي يرفع عن السلوك صفة الشلوذ التي من أجلها كان يعتبر في الأصل جريمة . وقد ترتفع صفة الشلوذ هذه ، اما لأن الرجل العادي من شأنه أن يسلك السلوك نفسه لو وجد في ذات الظرف الملابس ، واما لأن العرف جرى

على اجازة السلوك في حالات خاصة تحقق فيها مصلحة اجتماعية أولى بالاعتبار من تلك التي اقتضت تجريمه^(١) .

وكما أن سلوك الرجل العادى هو المعيار الذى يعول عليه القانون في الاعتراف بوجود سبب مبيح على وجه الاستثناء ما يعتبر في الأصل مكونا للجريمة ، فان ذلك السلوك عينه هو المعيار الذى يأخذ به القانون كذلك حتى في اعمال هذا السبب المبيح وفي ترتيب آثاره .

ويبدو ذلك على وجه خاص ، فيما يسميه الايطاليون بالاباحة التصورية . فقد يظن انسان ما في ظروف ما ، وجود سبب مبيح لسلوكه الاجرامى حيث لا يكون لهذا السبب وجود الا في مخيلته ، وحيث لا يكون قائماً في الحقيقة والواقع . والمراد بذلك أن بسبب ادراك وفهم الظروف المادية للواقع المحيط به ، فتبدو في مخيلته على غير حقيقتها ويتصور الوجود المادى فيها لسبب مبيح للجريمة مع أن هذا السبب لا يكون له في الحقيقة أى وجود . فلو أنه أتى - والحال كذلك - السلوك المكون للجريمة حسب الأصل ، فهل يسأل عنه مسؤولية جنائية لكونه قد ارتكب به جريمة ، أم يجوز أن يرتفع عن حاققه عبء تلك المسؤولية تبعاً لكونه قد تصور الوجود المادى لسبب مبيح هذه الجريمة قانوناً ولو أن تصوره جاء مخالفاً للحقيقة ؟

لرد على هذا السؤال ، لم يجد القانون بداً من الاحتكام كذلك الى موقف الرجل العادى لو أنه وجد في ذات الظروف ، ومن رفع صفة الجريمة عن السلوك بناء على السبب التصورى المبيح رغم أنه ليس سبباً واقعياً ، متى كان من شأن الرجل العادى لو أحاطت به ذات الملابسات أن يتصور نفس التصور الخافى للواقع ، وأن يكون نفس الاعتقاد المعايير للحقيقة .

(١) هذا الأساس الموحى بالسبب المبيح - وهو سلوك الرجل العادى - يصدق على كافة اسباب الاباحة أى على اللغاغ الشرعى واستخدام الحق وأداء الواجب ، بل على رضاء المبنى عليه كصورة لاستخدام الحق نهاية عن صاحبه .
والواقع أن فكرة اللغف يمكن ردّها الى اخرى الى فكرة الرجل العادى .

ذلك ما أفصح عنه القانون المصرى فى حالتين فرديتين من حالات
إباحة الجريمة هما حالة الدفاع الشرعى المنصوص عليها فى المادة ٢٤٩ ،
وحالة تجاوز الموظف العمومى بحسن نية حدود واجبه ، المنصوص عليها
فى المادة ٦٣ .

عبر القانون المصرى عن ذلك بالنص فى المادة ٢٤٩ على أن حق الدفاع
الشرعى يبيح القتل العمد إذا كان مقصوداً به دفع فعل يتخوف أن يحدث
منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة .

فالسبب المبيح هنا ، ليس مقصوداً على الفعل الذى يحدث حقيقة
الموت أو الجراح البالغة ، وإنما يشمل الفعل الذى يتخوف منه ذلك مجرد
تخوف ، أى الفعل الذى يقوم فى مخيلة الإنسان أنه سيحدث موتاً
أو جراحاً بالغة ، ويثير لدى الإنسان الخشية من ذلك ، ولو لم يكن
من المتعين أن ينتج فى الحقيقة والواقع هذا الأثر . ويكفى فى هذه الحالة
من الخشية والتخوف ، أن يكون الاعتقاد بنشوء الموت أو الجراح البالغة
من الفعل ، مبنياً على أسباب معقولة .

وليست الأسباب المعقولة فى هذا الصدد ، سوى تلك الأسباب
التي تولد لدى الرجل العادى نفس الاعتقاد لو أنه وجد فى نفس الظروف ،
وباعتبار أن المقصود به الرجل العاقل المكون منه السواد الغالب فى الناس .

ومؤدى ذلك أن الاعتقاد بوجود السبب المبيح للجريمة رغم تخلفه
فى الحقيقة والواقع ، يقوم مقام وجود هذا السبب فعلاً من حيث إباحة
الجريمة المرتكبة ، متى كان من شأن الرجل العادى أن يكون ذلك الاعتقاد
الخطأى لو أنه أحاطت به نفس الملابسات .

فهنا تصبح الجريمة مباحة بناء على سبب تصورى للإباحة ، على ذات
النحو الذى تصير به مباحة لو أن هذا السبب كان واقعياً .

وقد طبق القانون المصرى المبدأ نفسه فى حالة فردية أخرى كما قلنا -
وهى الحالة المنصوص عليها فى المادة ٦٣ بصدد الموظف العموى المتجاوز
بحسن نية حدود واجبه - واستخدم فى هذه الحالة هى الأخرى ذات التعبير ،
أى عبارة الاعتقاد المبني على أسباب معقولة رغم كونه اعتقاداً خاطئاً .

وعلى الرغم من أن ذلك المبدأ لم يتقرر بنص عام يسرى على كافة حالات
الاباحة ، كنص المادة ٥٩ من قانون العقوبات الايطالى ، فقد قضت محكمة
النقض المصرية بأنه من الممكن قياساً على الحالتين الفرديتين اللتين ورد فيها
النص صراحة ، أن يطبق على كل حالة مماثلة لهما ، قائلة « أن حسن النية
المؤثر فى المسؤولية عن الجريمة رغم توافر أركانها .. هو معنى لا يختلف
مقوماته باختلاف الجرائم ، ويكفى أن يكون الشارع قد ضبطه فى نص
معين أو مناسبة معينة ليستفيد القاضى القاعدة العامة الواجبة الاتباع » (١) .

وتطبيقاً للمبدأ المذكور ، لو أن تاجراً حمل جواده بالبضاعة وسلك
فى السفر بها طريقاً يعلم الكافة أن قطاع الطرق يرددون عليه ، ورأى فارساً
قادماً نحوه فى الظلام يطلق النار من سلاحه فى الهواء ، فأطلق عليه عياراً
أرداه قتيلاً ظناً منه أنه كان يهيم بالاعتداء عليه ، ثم اتضح أن ذلك الفارس
لم يكن قاطع طريق وإنما كان عابر سبيل يعبر عن فرحته لمناسبة سعيدة ،
فإن سمعة الطريق ، ونخبم الظلام عليه وإطلاق الفارس القنادر أعيرة من سلاحه
النارى ، أمور تعتبر من قبيل الأسباب المعقولة التى تحمل الرجل العادى
لو وجد أمامها ، على أن يعتقد نفس الاعتقاد الذى قام فى نفس ذلك التاجر ،
ومن ثم تنفى مسؤولية التاجر عن القتل بناء على حلوله فى حالة وهمية
من الدفاع الشرعى ، وعلى الرغم من أنها حالة لم يكن لها من الوجود الواقعى
أى نصيب .

ولو أن فرداً من الناس قصد موظفاً لقضاء مصلحة ، فماتله هذا الموظف
فى اجابته الى طلبه المشروع ، بماطلة طال أمدها حتى فاق الحد المحتمل ،

(١) نقض ١١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ بمجموعة القواعد القانونية ج ٧ رقم ٢٢٠ ص ١٩٩

ووجد أحد الأشخاص يتناول الموظف ذات يوم مطروفاً بداخله نقود ظاهرة منه ، ورأى الموظف يتسلم هذا المظروف ويخفيه بسرعة في درج مكتبه ، فظن أنه موظف مرتش لا يؤدي واجبات وظيفته الا بمقابل ، واذا نفذ صبره على انتظار الظفر من هذا الموظف بما يبغيه ، قلغه علنا بالرشوة ، ثم تبين أن المظروف الذى شوهد الموظف وهو يتناوله يوماً انما كان محتويًا على مرتبه ، وأن من ناوله هذا المظروف كان أمين الخزنة لا فرداً عادياً من الجمهور ، فان ذلك القذف رغم حدوثه بواقعة مكلوبة وتختلف السبب المبيح له وهو أن تكون الواقعة المقلوب بها في حق الموظف صحيحة (١) ، لا يعتبر بالرغم من ذلك مكوئاً لجريمة ، على أساس وجود أسباب معقولة من شأنها لو توافرت لدى رجل عادى أن تولد في نفسه ذات الاعتقاد الخاطيء بوجود الواقعة المقلوب بها .

ولكن ما الحكم ، لو أن السبب المبيح قام في غيلة الفاعل على خلاف الواقع ، وانما يدون أسباب معقولة تبرر الاعتقاد بوجوده ، أى في ظروف لم يكن من شأنها لو أحاطت برجل عادى أن تولد لديه نفس الاعتقاد ؟

ما الحكم لو أن التاجر في المثال المتقدم أقدم على قتل فارس قادم في الطريق ظناً منه أن هذا الفارس كان يهم بالاعتداء عليه ، وانما يدون أن يوجد في ملابس الخال ما يبرر لدى رجل عادى هذا الظن ؟

وما رأى لو أن الفرد صاحب المصلحة قذف الموظف بالرشوة وانما في ظروف لم يكن من شأن رجل عادى لو وجد فيها أن يعتمد ارتكاب الرشوة من جانب الموظف ؟

(١) أبيع القذف الملقى في حق الموظف العموى رغم أنه يكون أصلاً لجريمة ، لأن المصلحة التى يحققها وهى الكشف عن سومات الموظفين وضمان حسن سير الاداة الحاكمة ، أولى بالاعتبار من المصلحة التى اقتضت في الأصل تجريمه . وشرط إباحته أن يكون بواقعة صحيحة طبقاً لفقرة الثانية من المادة ٣٠٣ ع . ورغم أن هذه المادة لم تقرر الإباحة عند وجود اعتقاد بصحة الواقعة بناء على أسباب معقولة ، الا أن هذه الإباحة مستخلصة من ذات المبدأ الذى قررها في حالتي الدفاع الشرعى وتجاوز الموظف للمسمى حدود واجبه .

سكت قانون العقوبات المصرى عن بيان الحكم الواجب اتباعه فى مثل تلك الحالة ، ولو أن الفقرة الأخيرة من المادة ٥٩ من قانون العقوبات الايطالى نصت على أن الفاعل يعاقب اذ ذلك عن جريمة غير عمدية ، اذا ما كان القانون يقرر عقوبة للصورة غير العمدية من سلوكه .

وطبقاً لهذا الحكم المنصوص عليه صراحة فى القانون الايطالى ، يعاقب التاجر عن قتل خطأ فى الفرض الأخير ، ولا يعاقب الفرد القاذف فى حق الموظف العمومى لأن القانون لا يعرف فى جريمة القذف صورة تسمى بالقذف غير المتعمد .

وبذا يعاقب الفاعل تارة ، وينجو من العقاب تارة أخرى ، حسب ما اذا كان القانون يجرم سلوكه فى الصورة غير العمدية منه أو لا يجرم ذلك السلوك اذا كان على هذه الصورة .

وتفادياً لهذه النتيجة ، يذهب رأى الحديث فى الفقه الألمانى الى اعتبار الفاعل مرتكباً للجريمة عمدية حسب الأصل ، أى لجريمة قتل عمد فى الفرض الأول ، ولجريمة قذف فى الفرض الثانى ، لأن ارادته كانت متجهة فى الفرض الأول الى ازهاق روح المحنى عليه ، وكانت متجهة فى الفرض الثانى الى المساس بشرف الموظف واعتباره . غاية الأمر ، يقام وزن لبراءة الباعث المحرك للفاعل فتخفف له عقوبته ، اذ كان هذا الباعث على كل حال هو تصور وجود سبب مبيح للجريمة ، ولو أن هذا التصور لم يكن سائفاً ، ولم يكن ليقوم فى نفس رجل عادى لو وجد هذا الرجل فى نفس الظروف^(١).

ويبدو أن هذا رأى الحديث فى الفقه الألمانى ، أكثر تشمياً مع نصوص قانون العقوبات المصرى ، اذ يستفاد من سكوت قانوننا عن بيان الحكم فى حالة عدم وجود أسباب معقولة تبرر الاعتقاد بقيام سبب يبيح الجريمة ،

Maurach "Deutsches Strafrecht" All. Teil, 1954, p. 221 - Weizel "Das (١) deutsche strafrecht", 1954, p. 125, 126.

أن السلوك يظل - بمفهوم المخالفة - محتفظاً بوصفه الأصلي ، أى بوصف الجريمة ، وبوصف الجريمة العمدية .

ولا يظهر معيار الرجل العادى فى احوال المتقدم ذكره فحسب ، أى فى مجال الاعتقاد بوجود سبب للاباحة لا يوجد حقيقة ، وإنما يعول عليه فى مجال آخر من مجالات اباحة الجريمة ، ونعنى بذلك مجال الدفاع الشرعى من ناحية الشرط الجوهرى الواجب توافره فى سبيل مشروعية هذا الدفاع ، وهو شرط الزوم .

فلا يكفى أن يكون الخطر المائل مندرجاً بجريمة ، فى سبيل أن يباح الرد عليه بجريمة . وإنما يجب كى يكون الرد عليه بالجريمة جائزاً ، ألا يكون من الممكن مواجهته بوسيلة أخرى بريئة ، غير وسيلة الحرب .

ذلك لأنه وإن كان المهدد بالاعتداء غير ملزم قانوناً بالحرب تبعاً لكون الحرب من وجه المعتدى أمراً شائناً للكرامة بأباه الرجل العادى ، فانه على كل حال ملزم بأن يندأ الاعتداء بأية وسيلة أخرى بريئة غير الحرب ، بحيث اذا كانت هذه الوسيلة مستطاعة وآثر عليها مع ذلك وسيلة اجرامية ، لا تكون جرميته مبررة ولا تعتبر حالة الدفاع الشرعى متوافرة .

ذلك ما يعبر عنه بشرط الزوم .

فلو أن رجلاً شاهد مربية تلعف حبلاً حول عنق طفل تمهيداً لخنق هذا الطفل ، ولم تكن اذ ذلك قد أحسكت وثاق الحبل حول العنق أو همت بتضييق الخناق به على الطفل ، فأطلق عليها حياراً نارياً أرداها قتيلة ، لا يعتبر فى حالة دفاع شرعى عن الطفل ، اذ كان فى وسعه أن يندأ الاعتداء على حياة الطفل بوسيلة بريئة لم تكن تتعدى فى واقعة الحال رفع الصوت بالصياح أو انتهاز المربية .

ولو أن انساناً رأى رجلاً يصارع امرأة ليقهر مقاومتها ويقتصبها كرهاً عنها ، فأطلق النار على هذا الرجل حماية لعرض المرأة ، وقتله ، لا تعتبر

جريمته مبررة اذ كان في وسعه وقت أن فاجأ الرجل على ذلك الوضع أن يحمي المرأة منه باطلاق صبيحة أو احدث ضجة .

ففى هذين المثالين ، لا يكون للمدافع عن حياة الغير أو عن عرض الغير أن ينفى مسؤوليته بالدفاع الشرعى ، اذ يعتبر سلوكه على الصورة التى تحقق بها غير لازم لأداء مهمة الدفاع ، أى مغايراً لسلوك الرجل العادى لو أنه وجد فى ذات الظرف ، فتظل صفة الجريمة لصيقة به ، ويعتبر معنى الدفاع الشرعى فيه متخلفاً .

ومؤدى ذلك ، أن سلوك الرجل العادى هو معيار القاطع بما اذا كانت الجريمة لازمة للدفاع وبالتالي مبررة ، أم غير لازمة وبالتالي موجبة للعقاب .

والمراد بلزومها ألا يجد المدافع بدءاً من درء الاعتداء بطريقة اجرامية تبعاً لاستحالة دفعه بطريقة بريئة غير الحرب .

* * *

لم يبق من حديثنا عن السبب المبيح سوى أن نشير الى مشكلة من مشكلاته بسميها الايطاليون بالجريمة التصورية *resto putativo* .

فقد أشرنا فيما تقدم الى مشكلة الاباحة التصورية أى اعتقاد قيام السبب المبيح مع أنه فى الحقيقة متخلف .

والآن نتناول المشكلة العكسية المعروفة بالجريمة التصورية ، وهى اعتقاد تخلف السبب المبيح مع أنه فى الحقيقة قائم .

ويورد الفقه الايطالى والألماني أمثلة عديدة للجريمة التصورية ، حسبنا أن نذكر منها تلك الأمثلة التى جاءت فى مؤلف الأستاذ Maurach أستاذ القانون الجنائى فى جامعة ميونيخ .

فلو أن شخصاً رأى عدوه فأطلق عليه النار تشفياً منه وقتله ، دون أن يظن الى أن عدوه هذا كان فى تلك اللحظة بالذات مصوباً نحوه الرشيق ليقتله ، فأخذ بذلك حياته من اعتداء هذا العدو دون أن يشعر بهذا الانتاذا ويقصده ،

فانه يحق التساؤل عما اذا كان ذلك الشخص يسأل عن قتل عدوه أم أنه يعتبر في حالة دفاع شرعى عن نفسه ، رغم جهله بوجود هذه الحالة .

ولو أن مولدة أجهضت امرأة لقاء أجر متفق عليه ، فكان من شأن هذا الاجهاض انقاذ الحامل — دون علم المولدة — من خطر موت كانت مستصاب به لو لم يتحقق اجهاضها ، فانه يصح التساؤل عندئذ عما اذا كانت تلك المولدة تعاقب على الاجهاض أم أنها تستفيد بحالة الضرورة رغم جهلها بوجود هذه الضرورة .

وما رأى في ضربات بسيطة ينزلها معلم بأحد تلاميذه ، لا يقصد تأديب هذا التلميذ وإنما يقصد اشباع شلوذ جنسى ، غير أنه يترتب على تلك الضربات تأديب التلميذ واستقامته فعلا ؟ هل يسأل المعلم هنا عن جريمة الضرب ، أم له أن يتمسك بالإباحة الناشئة من حق التأديب ولو أنه لم يقصد تأديباً ؟

وما الحكم أو أن جندياً في الجيش عقد النية على قتل ضابطه ، ورأى من بعيد شخصاً ظنه الضابط المقصود ، فأطلق عليه النار وقتله ، ثم تبين أن هذا الشخص جندى من القوات المسلحة للأعداء ؟

هل يسأل الجندى في هذه الحالة عن جريمة قتل ، أم يعتبر سلوكه مباحاً بناء على أن قتل العدو واجب ولو أن نيته عند القتل لم تكن منصرفة الى أداء هذا الواجب ؟

تلك هى الأمثلة التى أوردها الأستاذ Maurach (١) ، وتساءل في شأنها عما اذا كان السبب المبيح يفيد فاعل الجريمة رغم أنه لم يكن على علم بوجود هذا السبب أو لم تكن إرادته منصرفة الى اعمال مقتضاه. وهذا التساؤل طرح على بساط البحث المشكلة الخاصة بطبيعة السبب المبيح ، وبما اذا كان

Maurach "Deutsches Strafrecht" — 1954 — p. 272—276. (١)

يكفى فيه كى ترتب عليه آثاره أن يتوافر منه ركنه المادى دون حاجة الى ركن معنوى ، أم يلزم له فى سبيل ذلك الركنان معاً — شأنه فى ذلك شأن الجريمة — فلا يكفى توافره مادياً وإنما يجب أن تنصرف اليه كذلك ارادة الفاعل نفسانياً .

وقد انقسم الرأى فى الفقه الألماني حول هذه المشكلة .

فذهب البعض الى القول بأن السبب المبيح متى وجد مادياً ، يرتب عليه أن يباح سلوك الفاعل ويزول عنه وصف الجريمة ، ولو لم يكن الفاعل عالماً بوجود ذلك السبب أو قاصداً اعماله (١) .

ورأى البعض الآخر أنه اذا ارتكب شخص ما جريمة يوجد سبب مبيح لها على غير علم منه بهذا السبب ، لا تنسب اليه الجريمة كاملة ، وإنما ينسب اليه شروع فيها (٢) .

أما الأساتذة Maurach (٣) ، Weizel (٤) ، Niese (٥) ، فيقررون أن سبب الاباحة ليس ظرفاً مادياً واقعياً فحسب ، وإنما هو ظرف نفسانى شخصى كذلك ، بمعنى أن أثره المبيح لا ينتج منه الا اذا كانت ارادة فاعل الجريمة قد انصرفت الى اعماله فى واقعة الحال .

ومن الأمثلة التى ضربها الأستاذ Niese ، أن من يتلف زجاج الجار حقداً وتشفيماً وينفذ الجار بذلك — على غير علم وارادة — من الموت تسماً بأكسيد الكربون ، اذ كان موته سيتحقق لو بقى الزجاج سليماً بدون أن تنفتح

(١) V. Hippel "Deutsches Strafrecht" 1930. II, 196, 210 — A. Wegner "Strafrecht" All. Teil. 1951 — p. 121. Nowakowski, ZStW 63, 319.

Mozger "Leipziger Kommentar Zum Strafgesetzbuch" 7 Auf — (٢) 1953—1954 — p. 300. Sauer "Allgemeine Strafrechtslehre — 1949 — p. 120.

Maurach. الموضوع السالت ذكره (٣)

Weizel "Das Deutsche Strafrecht" 1954 — p. 64, 72. (٤)

Niese "La teoria finalistica dell'azione nel diritto penale tedesco" (٥) Riv. Jus 1951 p. 262 nota 2, 3, 4.

ثغرة فيه ، لا يستطيع درء المسؤولية عن جريمة الاتلاف بحالة الضرورة ، لأن ارادته لم تكن منصرفة الى مواجهة هذه الحالة .

واذا رجعنا الى قانون العقوبات المصرى ، لا نجد فيه بشأن تلك المشكلة أى نص يحسمها .

فلا يوجد سوى نص المادة ٦٠ فى خصوص حالة معينة من حالات الإباحة وهى استخدام الحق ، اذ تطلب النص فى هذه الحالة أن يستخدم الحق بغية سليمة .

كما استقر رأى الشراح على أنه لا بد فى ممارسة الطب من أن تكون بقصد العلاج (١) ، غير أنهم لم يتعرضوا للفرض الذى فيه يتحقق شفاء المريض بالفعل ، ولو أن قصد الطبيب كان منصرفاً الى غاية مختلفة هى اجراء تجربة علمية مثلاً .

ويقر الأستاذ الدكتور محمد مصطفى القلى « لو أن شخصاً وجد عدواً له ينازع آخر خشبة وهما فى الماء للنجاة بواسطتها من الغرق ، فتدخل بينهما وأبعد خصمه عنها بقصد اغرقه ، فلا يجوز له أن يدفع بحالة الضرورة ولو أن فعله قد مكن منافس خصمه من النجاة من الغرق ، وذلك لأن الجاني لم يقصد بعمله وقاية غيره ، وإنما قصد قتل خصمه » (٢).

وعرض على محكمة النقض المصرية أمر ضابط قتل مسكناً دون أن يكون عالماً بوجود اذن من النيابة يسمح له بهذا التفيتش ، فقضت بأنه لا يصحح التفيتش أن الاذن به كان قائماً على غير علم من الضابط ، اذ كان يجب أن يكون الضابط عالماً بوجود هذا الاذن (٣) .

(١) الأحكام العامة فى قانون العقوبات للأستاذ الدكتور السيد مصطفى السيد طبعة ١٩٥٧ ص ١٦٨ - وشرح قانون العقوبات «التقسيم العام» - للأستاذ الدكتور محمود محمود مصطفى طبعة ١٩٦٠/٦١ - ص ١٢٤

(٢) «المسؤولية الجنائية» - ص ٤١٥

(٣) نقض ٣ ديسمبر ١٩٣٤ - مجموعة القواعد القانونية ج ٣ - رقم ٢٩٣ ص ٢٢٩

ومؤدى ذلك القضاء أن يعاقب الضابط فى تلك الحالة - رغم وجود
الاذن بالتفتيش - على جريمة دخول منزل شخص من آحاد الناس دون مراعاة
القواعد المقررة فى القانون (م ١٢٨ عقوبات) .

أما القانون الإيطالى فقد حسم المشكلة فى المادة ٥٩ منه اذ تعرض لها
فى هذه المادة بنص صريح ، ففضى بأن الظروف التى من شأنها استبعاد
العقاب ، تقدر لصالح الفاعل ، ولو كانت مجهولة منه أو كان يعتقد خطأ
بعدم وجودها ، *anche se da lui non conosciute, o da lui per errore* ،
ritenute inesistenti ما لم يكن ينص القانون على خلاف ذلك .

وتعليقاً على حكم القانون الإبطلى ، يقرر الشارح الإبطلى الكبير
Manzini (١) أنه حيث يوجد ظرف استبعد القانون بسببه العقاب ،
أى رأى أن العقاب - مع وجوده - غير لازم ، يكون من الطبعى
ألا يوقع العقاب ، ولو كان الفاعل جاهلاً بوجود ذلك الظرف . وأنضاف
الى ذلك ، أنه للسبب عينه ، اذا اتضح أن شخصاً ما مصاب بجنون كلى
لا توقع عليه العقوبة مهما كان جاهلاً هذا الجنون ومهما اعتقد فى نفسه
العقل (٢) .

ومن البديهي فى كل ما تقدم ، أن السلوك الاجراى محل النظر لم يتعد
الحلد المادى المرسوم له فى سبيل اباحته ، وأنه حقق مادياً وعملاً الأساس

(١) Manzini "Trattato di Diritto penale italiano" 1950. Vol. I., P. 648.

(٢) جرى مشروع قانون العقوبات الموحد على نيج القانون الإبطلى ، فنصت المادة ٤٢ منه
فى فقرتها الأخيرة على أنه " وكذلك لا يعاقب من ارتكب فعلاً يظن خطأ أنه يكون جريمة " ،
وأكدت المعنى نفسه المادة ٥٢ من المشروع إذ نصت على أنه " اذا جهل المجرم وجود ظرف
محدد العقاب فلا يسأل عنه ، لكنه يستفيد من العذر ولو جهل وجوده " . وجاء فى المذكرة
التفسيرية للمادة ٤٢ من المشروع " أنه اذا كانت نية الفاعل نية وهمية لا خطر منها على المجتمع
لصدورها عن خطأ فى ظنه ، كن يياشر أمراً مباحاً معتقداً أنه يرتكب أمراً غير مباح شأن الأعمى
الذى يقتصب بالقوة زوجته ظناً منه أنها امرأة أجنبية عنه وهو ما يسمى بالجريمة اللثنية فلا عقاب
على الفاعل فيها " .

الاجتماعى الذى تقررت الاباحة بناء عليه ، غير أن نية صاحبه لم تكن متجهة الى هذا التحقيق .

وقد أخذ بحكم القانون الايطالى من بين الشراح فى مصر ، الأستاذ المذكور محمود مصطفى اذ قرر أن أسباب الاباحة من الأسباب الموضوعية تحدث أثرها من حيث تعطيل نص التجريم بغض النظر عن الحالة النفسية لمرتكب الأمر ، فسيان كان عالماً بقيام السبب أو كان جاهلاً بوجوده ، فالفاعل لا يعد جريمة فى الحالتين (١) .

ونحن من هذا رأى . وسبق أن عرفنا سبب الاباحة بأنه ظرف مady واقعى أى خارج عن نفسية الفاعل ولا شأن له بها .

(٤)

فى الركن الثانى

الركن المادى

(١) السلوك

الركن المادى للجريمة هو الوجه المادى الخارجى للسلوك المكون لها كما حدده نص القانون .

ويعبر الفقه فى المانيا وايطاليا عن هذا الركن بأنه التطابق بين السلوك وبين النموذج القانونى للجريمة كما وصفه نص التجريم . فهو يسمى بالألمانية *Tatbestandsmassigkeit* وبالابطالية *la corrispondenza al tipo o alla fattispecie legale*

فلا بد فى الركن المادى من سلوك خارجى . ولا يكفى فى تحقيقه محض النشاط النفسانى الباطنى . ذلك لأن القانون الجنائى لا يعاقب على مجرد النية *cogitationibus poenam nemo patitur*

(١) المرجع السابق - ص ١٠٤

وقد يبدو أن العقاب على الاتفاق الجنائي في ذاته كجريمة خاصة ، يعتبر عقاباً على مجرد نية . غير أن الواقع غير ذلك . لأنه لا بد في الاتفاق من مظهر معر عنه كإمالة رأس أو حركة عين أو توقيع بامضاء ، وليس هذا المظهر سوى سلوكاً خارجياً كافياً لاعتبار الواقعة متجاوزة محض النية الباطنية .

والمراد بالسلوك نشاط الانسان في العالم الخارجى القائم حوله ، سواء تمثل في حركة الجسم أو عضو من أعضائه أو في سكون جهانى . هو طريقة قيادة الانسان لنفسه ازاء العالم المحيط .

على أن للسلوك نظرية قانونية تختلف عن تصويره المادى ، على الأخص في تقسيمها اياه الى سلوك ايجابى وسلوك سلبى .

ذلك لأنه بينما السلوك حسب التصوير المادى ، ينقسم الى حركة وسكون ، ولا يحتاج القول بوجود كل من الحركة والسكون ، الى أكثر من ملكة الاحساس لدى الانسان أى قدرته على ادراك ما يحيط به من أمور العالم الخارجى ، فان تقسيم السلوك الى ايجابى وسلبى ، يتطلب من ناحية التسليم بوجود الصورة السلبية منه ، استخدام أداة أخرى فوق ملكة الاحساس والادراك ، وهذه الأداة قاعدة من القواعد كانت توجب في واقعة الحال اتيان أمر معين تبين أنه كان في السلوك الواقعى متخلفاً .

ومن جهة أخرى ، فانه بينما السكون ، من وجهة النظر الطبيعية ، يتمثل في وقوف كلى عن الحركة ، فان السلوك السلبى من وجهة النظر القانونية ، لا يلزم أن يتمثل في عدم الحركة ، بل يتوافر كذلك حتى في حالة الحركة متى كانت هذه الحركة مغايرة لتلك التى كان اتيانها في واقعة الحال واجباً بمقتضى قاعدة ما من قواعد السلوك .

وبينما السلوك الايجابى محل نظر قانوناً من ناحية ما تمثل فيه بالفعل من حركة أو حركات وقعت ، ودون تجاوز الحدود المادية الى ما وراءها ، ومع انحصار كلى في هذه الحدود ، فان السلوك السلبى على العكس ،

ليس محل نظر من القانون في الجانب الفعلي الذي وقع منه ، بقدر ما هو كذلك في الجانب الذي لم يقع منه فعلاً .

وزيادة في الايضاح نقول ، بينما محل الوزن في السلوك الايجابي هو الوجود الواقعي ، فان محل الوزن في السلوك السلبي هو عدم الوجود أى ما تخلف وكان يجب أن يتحقق .

وما دام ذلك هو معنى السلوك السلبي ، نستطيع أن نقرر ان الجريمة غير العمدية التي يتمثل ركنها المعنوي في الامهال وعدم الاحتياط ، يعتبر ركنها المادى على اللوام وفي جميع الأحوال سلوكاً سلبياً ، ولو كان لا يخلو من حركة ، لأن محل التجريم فيه ليس هو الشق الذي حدث ، بقدر ما هو انعدام الشق الذي تخلف وكان يجب أن يحدث .

أما الجريمة العمدية ، فيميزها عن غير العمدية أنه لا يلزم دائماً أن تتمثل في سلوك سلبي ، وانما يجوز أن يكون ركنها المادى سلوكاً إيجابياً ، كما يجوز أن يكون سلوكاً سلبياً على ما سنرى عند الكلام على الجرائم الايجابية بطريق الترك .

على أن الذي يعيننا توجيه النظر اليه في هذا المقام ، هو ما للسلوك قانوناً من نظرية تخالف نظريته المادية .

فلو أن شخصاً لم يذهب الى المسرح ليرى مقطوعة تمثيلية ، لا يمكن أن ينعت هذا السلوك من جانبه بوصف السلوك السلبي ، الا اذا كانت توجد قاعدة ما من القواعد تجعل ذهابه الى المسرح واجباً .

ولو أن شخصاً كان ينتظر من آخر عملاً أياً كان ، ولم يتم هذا الآخر بالعمل المنتظر ، لا يكفي محض انتظار العمل للقول بأن الآخر ممتنع عنه أى اتخذ في شأنه سلوكاً سلبياً ، حيث لا توجد أية قاعدة تلزمه باتيان هذا العمل .

والا ، فان الاستغناء عن القاعدة الموجبة للأمر ، واعتبار مجرد التقاس عن تحقيقه سلوكاً سلبياً ، اكتفاء بأنه كان أمراً متظراً ومع ذلك لم يتحقق ، مؤداهما الوصول بنظرية السلوك الى أغرب النتائج . فيعتبر سلوكاً سلبياً في نظر القانون حتى امتناع المهدد عن تسليم المال المنتظر من القائم بالتهديد ، وامتناع التاجر عن المرور من السبيل الذي ينتظره فيه قاطع الطريق !!

ومن أجل ذلك ، فقد صادف أستاذنا العالمى المغفور له الدكتور فيليبو جرسيني عين الصواب وصميم الحق ، حين قرر أن نظرية الامتناع omissione هى نظرية تنظيمية شرعية normativa ، وليست نظرية مادية naturalistica بمعنى أنه لا بد فيها من وجود قاعدة ما توضع على عاتق الشخص التزاما باتيان أمر تخلف وكان يجب أن يتحقق (١) .

ويستوى في هذا الأمر المتخلف أن يكون تحقيق نتيجة واجبة لم تحدث وكان على الشخص أحداثها ، أو منع نتيجة محظورة حدثت وكان على الشخص تلافيها .

ولكى يعتبر سلوك الشخص من ناحية الاحجام عن تحقيق النتيجة في الحالة الأولى سلوكاً سلبياً ، لا بد من قاعدة تلزمه بتحقيقها .

ولكى يعتبر سلوكه من ناحية الاحجام عن منع النتيجة في الحالة الثانية سلوكاً سلبياً ، لا بد من قاعدة كذلك تلزمه بمنعها .

ويستوى في هذه القاعدة أن تكون قانونية أو أن تكون خلقية أو دينية بحجة .

فالهم هو أن لتلك القاعدة وجوداً ، وأن وجودها لا غناء عنه في سبيل القول بوجود الامتناع .

(١) Grapigni "Diritto Penale italiano" — Milano 1947 — Vol. II, —

غاية الأمر لا يكون للامتناع كيان في نظر القانون الا حيث تكون القاعدة المذكورة قاعدة قانونية ، لا محض قاعدة دينية أو خلقية .

ولكن القاعدة أيا كانت ، وجودها لازم في سبيل وجود الامتناع .

وللسبب نفسه ، فان الامتناع لا يمكن أن تكون له صلاحية التسبب من وجهة نظر علم الطبيعة .

ذلك لأن الامتناع من الناحية الطبيعية يتمثل في عدم وجود ، أى في جانب من السلوك سقط وكان يجب أن يكون له في السلوك وجود ، ولا يمكن في مجال علم الطبيعة أن يعتبر عدم الحركة مسبباً لوجود أمر ما ، بدون قاعدة كانت توجب تلك الحركة لمنع هذا الأمر من الوجود .

واذا سأل شخص عالم الطبيعة عن سبب مسير مجرى المياه في اتجاه معين ، أجابه ذلك العالم بأن هذا المسير متوقف على ميل الأرض وعمق القاع ونوع طبقات ما تحت الأرض ، وحجم المياه . أما أن انساناً ما لم يضع في طريق المجرى سداً يحول مسره الى اتجاه آخر ، فأمر لا محل لاثارته أصلاً الا حيث توجد قاعدة كانت تلزم انساناً ما بأن يضع ذلك السد تحقيقاً لهذه الغاية .

واذا سألت عالم الطبيعة عن سبب دوران الأرض حول الشمس ، أجابك بالأسباب الطبيعية لهذا الدوران ، ولا يحظر له ببال القول بأن الأرض إنما تدور حول الشمس لأنه لم يحدث أن جرماً ما من الأجرام السماوية منعها من هذا الدوران .

واذا مات طفل لعدم الغذاء ، فسبب وفاته هو عدم اشباع حاجته جسمه الى الطعام . هذا هو السبب في نظر علم الطبيعة . أما أن انساناً ما لم يقدم له الطعام ، فهذا أمر لا محل لاثارته الا حيث توجد قاعدة كانت تلزم انساناً ما بأن يمد الطفل بذلك الطعام .

ولو أن مجنوناً ألقى بنفسه من نافذة المستشفى فوقع على الأرض صريعاً ، يعتبر سبب وفاته علماً ، القأؤه بنفسه من شاقق وما ترتب على ذلك

من تحطيم أعضاء جسمه . أما أن ممرض المستشفى لم يمنعه من ذلك ، فأمر لا محل لإثارته في مجال علم الطبيعة ، وإنما في مجال قواعد السلوك وبالنظر الى القاعدة التي كانت تلزم الشخص المعهود اليه برقابة المجنون بأن يكون في هذه الرقابة يقظاً ساهراً .

فهذه الأمثلة تقطع بأن وجود قاعدة ما من القواعد ، كما يلزم في سبيل التسليم بوجود الامتناع ، بحيث لا تكفى لاثهار وجوده حواس الانسان الخمس ، يلزم كذلك في سبيل التسليم بالصلاحية السببية للامتناع نفسه أى بصلاحية لانتاج أمر ما .

وهذه هي الحقيقة التي تؤكد بكل من شقها أن نظرية الامتناع نظرية تنظيمية شرعية ، وليست نظرية مادية طبيعية .

ومن البديهي أن القاعدة التي يتوقف على وجودها التسليم بوجود الامتناع ، يعامل الشخص على مقتضاها فيعتبر ممنوعاً ، بناء على كونها من القواعد التي يحيط بها علم الرجل العادي ، بحيث لو وجد هذا الرجل في ذات ظروف أحوال لكان يحس بندائها ويسير على مقتضاها .

وخلاصة ما تقدم ، أن للسلوك كمنصر أول في الركن المادى للجريمة نظرية قانونية تغاير نظريته المادية من الوجوه الآتية :

١ - من وجهة أن الصورة السلبية للسلوك وهي التي تسمى بالسلوك السلبي أو الامتناع ، كما تتمثل في سكون جفائي ، قد تتمثل في حركة متى جاءت هذه مغايرة للحركة الواجب اتيانها في واقعة الحال .

٢ - من وجهة أن نظرية الامتناع نظرية تنظيمية شرعية ، لا مادية طبيعية لكون التسليم بوجود الامتناع لا يتوقف على ملكة الادراك وحدها عند الانسان بل لابد له من قاعدة ما يستظهر وجود الامتناع على أساسها .

٣ - من وجهة أن الامتناع ليست له بالتبعية في مجال الطبيعة صلاحية سببية ، اذ لابد للتسليم بهذه الصلاحية فيه من وجود القاعدة التي يستمد منها ظهوره .

ومن البليبي أن القاعدة التي يستمد منها وجود الامتناع في حق الانسان قاعدة في وسع الرجل العادى أن يتركها ويعمل على مقتضاها في واقعة الحال . فان كان نشاط الانسان جارياً في مجال خاص بفئة معينة من الفئات المهنية للناس ، وكان الفاعل أحد أفراد هذه الفئة ، فتكون القاعدة التي يستمد منها وجود الامتناع هي تلك التي يعلمها ويسير على مقتضاها في ذات الظروف الرجل العادى من أفراد الفئة نفسها (كما في مجال النشاط الطبي مثلاً) ، ما لم يثبت أن لدى الفاعل علماً يفوق المستوى العادى المتوسط في فئته ، فيؤخذ عندئذ على مقتضى علمه الشخصي .

ولما كان الامتناع أو السلوك السلبى ليس محل مؤاخذه من القانون ، في شقه الحادث ، بقدر ما هو كذلك في شقه الذى لم يحدث ، فان هذه الخصيصة فيه هي التي تميزه عن السلوك الإيجابى من جهة ، وهي التي تجعله من جهة أخرى الركن المادى دائماً في الجريمة غير العمدية مادام الركن المعنوى لهذه الجريمة هو الإهمال وعدم الاحتياط^(١) .

(ب) تقسيمات الجريمة على أساس طبيعة السلوك

بناء على تقسيمنا المتقدم للسلوك الى سلوك إيجابى وسلوك سلبى ، يمكن تقسيم الجريمة كذلك الى إيجابية وسلبية . ولا يبقى بعدئذ سوى الحديث عن تقسيمات الجريمة السلبية .

ولا محل في المجال الحالى لعلاج تقسيمات تقليدية للجريمة على أساس طبيعة السلوك ، شاع الحديث عنها وقتلت بحثاً في الفقهاء الفرنسى والمصرى ، مثل تقسيمها الى جريمة بسيطة وجريمة اعتياد ، أو جريمة وقتية وجريمة مستمرة .

(١) وسبق أن قلنا إن الجريمة العمدية تمثل تارة في سلوك إيجابى ، وتارة في سلوك سلبى كما في الجرائم الإيجابية بطريق الترك مثلاً .

وانما محل عنايتنا في هذا المقام ، هو الحديث عن تقسيات للجريمة
توجد في الفقهين الايطالى والألماني وتميزهما عن سواهما .

ولذا ، فانه بعد الكلام عن تقسيات الجريمة السلبية ، سنتكلم
عن تقسيم الجريمة الى جريمة سلوك مجرد وجريمة حدث ، وإلى جريمة ضرر
وجريمة خطر .

١ - تقسيات الجريمة السلبية (١) :

مما استقر أن الجريمة السلبية هي تلك التي يتمثل ركنها المادى في سلوك
سلبى بالمعنى الذى بسطناه فيها تقدم ، فانه يمكن بعدئذ تقسيم هذه الجريمة
الى :

- (أ) جريمة السلوك السلبى المجرد .
- (ب) وجريمة الحدث المتخلف .
- (ج) والجريمة الايجابية بطريق سلبى .

فجريمة السلوك السلبى المجرد *Reato di mera condotta omissiva* يتحقق
ركنها المادى بمحض سلوك سلبى أى بمحض امتناع عن اتيان حركة معينة
يأمر بها القانون . ولا شك في أن المراد بالقانون الأمر هنا القانون الجنائى ،
ولو بطريق تبنيه أمراً تضمنه قانون آخر .

ومن ثم تتميز هذه الجريمة بأنها امتناع عن اتخاذ سلوك معين دون اعتداد
بحدث ما ، بمعنى أنها ليست امتناعاً عن تحقيق حدث معين ، وانما هي امتناع
عن سلوك مجرد ، دون أى اكتراث بحدث ما تخلف وكان يجب أن يتحقق .
فالعنصر المتخلف في الركن المادى المكون لها والذي يعتبر تخلفه بالذات

(١) Grispianni - المرجع السالف ذكره ص ٥٠ وما بعدها . ويقسم الأستاذ الدكتور
حل بدوى الجرائم السلبية الى مؤقعة كتخلف الشاهد عن الحضور الى المحكمة أو امتناعه عن تأدية
الشهادة ، وإلى مستمرة كالامتناع عن تسليم طفل لمن له حق حضائنه - " الأحكام العامة "

هو جوهر هذا الركن ، سلوك معين ، لا حدث معين . ومحض الاحجام
عن اتيان هذا السلوك ، بصرف النظر عن كل اعتبار آخر ، هو الركن
للمادى المكون لجريمة السلوك السلبى المجرى .

ومن أمثلة هذه الجريمة فى قانون العقوبات المصرى ، جريمة ترك الموظف
أو المستخدم العموى عمله أو امتناعه عن تأدية عمل من أعمال وظيفته ،
المنصوص عليها فى المادة ١٢٤ .

أما جريمة الحدث المتخلف Reato di omissione di evento ،
فالركن المكون لها ، ليس هو تخلف سلوك معين من جانب الفاعل فحسب —
كما هو الحال فى سابقها — وإنما هو تخلف حدث معين يأمر القانون بتحقيقه .
هذا الحدث المتخلف والذي يعتبر التقاعس عن تحقيقه بمثابة الركن المادى
المكون للجريمة ، تارة يتخلف نتيجة لسلوك سلبى من جانب الشخص ،
وتارة يتخلف نتيجة لسلوك يبدو فى ظاهره إيجابياً .

فجريمة امتناع القاضى عن الحكم المنصوص عليها فى المادة ١٢٢
من قانون العقوبات المصرى ، جريمة حدث متخلف بسبب امتناع أى بسبب
سلوك سلبى (١) .

أما جريمة التفالس بالتدليس أو جريمة التفالس بالتقصير المنصوص
عليهما فى المواد ٣٢٨ ، ٣٣٠ ، ٣٣١/٤ من قانون العقوبات المصرى
فتعتبر كل منهما جريمة حدث متخلف بسبب سلوك إيجابى من جانب
التاجر المدين . أما الحدث المتخلف فهو دفع الديون الى الدائنين . وأما السلوك
المفضى الى تخلف هذا الحدث ، فهو سلوك إيجابى فى ظاهره ، يتمثل طبقاً
للمادة ٣٢٨ — الخاصة بالتفالس بالتدليس ، فى اخفاء الدفاتر أو اعدامها ،

(١) ومن قبيل ذلك أيضاً جريمة الاحجام عن تبليغ أولى الأمر بمشروع لارتكاب جريمة
ماسة بأمن الدولة . فالحدث المتخلف هنا هو وصول ذلك المشروع الى حل السلطات (يرجع
الى المادة ٩٨ من قانون العقوبات المصرى) . وجريمة تمهيد عدم تنفيذ كل أو بعض الالتزامات
التي يفرضها — فى زمن حرب — عقد توريد أو أشغال (٨١ مكرراً) .

أو في اختلاس أو تخبئة جزء من المال اضراراً بالدائنين ، أو في الاعتراف بديون وهمية ، ويتمثل طبقاً للمادة ٣٣٠ - الخاصة بالتفالس بالتقصير - في انفاق مصاريف شخصية باهظة ، أو في استهلاك مبالغ جسيمة في القمار أو أعمال النصيب الخفض و أعمال وهمية في البورصة ، أو في شراء بضائع لبيعها بأقل من سعرها أو اقتراض مبالغ أو اصدار أوراق مالية في سبيل الظفر بنقود وتأخير شهر الافلاس ، أو في الحصول على صلح بطريق التدليس ، كما يتمثل طبقاً للفقرة الرابعة من المادة ٣٣١ - الخاصة هي الأخرى بالتفالس بالتقصير - في تأدية مطلوب أحد الدائنين عمداً بعد التوقف عن الدفع اضراراً بباقي الغرماء الخ ..

على أن هذا السلوك الإيجابي المقضي الى تخلف الحدث ، ليس في ذاته ولدائه محل وزن من جانب القانون . ذلك لأن محل الوزن فيه ، ليس الجانب الذي تحقق منه فعلاً ، بقدر ما هو الجانب الذي تخلف فيه وكان يجب أن يوجد ، وهو العمل على تحقيق الحدث الذي تخلف ، أى العمل على الوفاء للدائنين بحقوقهم .

فهو في الظاهر سلوك إيجابي ، بينما هو في النهاية وفي حقيقة الأمر سلوك سلبي من ناحية كونه مغايراً للسلوك الذي كان واجباً في واقعة الحال ، ومن ناحية الشق الناقص منه والذي كان من اللازم توافره .

ومن البدسي أن الشق المتخلف في السلوك ، والذي ترتب على تخلفه أن تخلف الحدث كذلك ، هو عمل كان يجب اتيانه وأحجم الشخص عنه .

هذا العمل في الصورة الأولى هو دراسة القضية من حيث الوقائع ومن حيث القانون ، وتكوين رأى فيها ، وتحرير الحكم أسباباً ومنطوقاً ، وهو في الصورة الثانية الحرص على الحد من كافة صور الانحراف في التصرفات المالية وضمان توفير الحصيلة اللازمة لوفاء بحقوق الغير .

ومن البدسي كذلك أن هذا العمل المتخلف ، متميز عن الحدث المتخلف . فبينما العمل المتخلف في الصورة الأولى هو أعداد الحكم ،

فان الحدث المتخلف هو النطق بالحكم علناً ، وهذا النطق بالحكم لا يختلط لا زماناً ولا مكاناً بالمراحل السابقة عليه في السلوك المقضى اليه . والعمل المتخلف في الصورة الثانية هو الحرص على حقوق الغير ، بينما الحدث المتخلف هو الوفاء بحقوق الغير فعلاً ، وهذا الوفاء الفعلي في صورة وصول الحقوق فعلاً الى جيوب أصحابها ، لا يختلط بالمراحل السابقة عليه والمؤدية اليه ، لا زماناً ولا مكاناً . فالحدث المتخلف متميز دائماً - حتى في الزمان وفي المكان - عن السلوك المتخلف .

ولأن العنصر المميز لجريمة الحدث المتخلف ، هو بالذات هذا الحدث الذي تخلف وكان يجب أن يتحقق ، فانه تترتب على ذلك عدة آثار قانونية عملية نبينها فيما يلي :

(أولاً) أنه لما كان الحدث المتخلف متميزاً من حيث الزمان عن السلوك المتخلف ، فان العبرة في تحديد وقت وقوع الجريمة ، انما هي بالوقت الذي كان يجب أن يتحقق فيه الحدث ، بصرف النظر عن الوقت الذي تحقق فيه السلوك السلبى ، سواء أكان هذا السلوك سلبياً كذلك في مظهره ، أو كان في مظهره ايجابياً . وبناء على ذلك ، فانه اذا صدر قانون جديد يجعل لجريمة الحدث المتخلف عقوبة أشد ، يسرى هذا القانون اذا ما حل في ظله وقت تخلف الحدث ، ولو كان السلوك السلبى الذى أفضى الى تخلفه ، قد تم واستنفذ قبل العمل بالقانون المذكور .

ومن جهة ثانية فان مدة التقادم يبدأ سريانها في جريمة الحدث المتخلف ، من اليوم التالى لليوم الذى كان يجب أن يتحقق فيه الحدث ومع ذلك تخلف ، أى من اليوم التالى لليوم الذى كان يجب فيه النطق بالحكم (بالنسبة لجريمة امتناع القاضى عن الحكم) ، أو لليوم الذى كان يجب فيه الوفاء بالدين (بالنسبة لجريمة التفالس) .

ومن جهة ثالثة ، فانه اذا صدر قانون بالغفر الشامل عن جرائم حدث متخلف ، وقعت من تاريخ معين حتى تاريخ معين ، يتعين لاستفادة

شخص ما من هذا القانون ، أن يكون الوقت الذى تخلف فيه تحقيق الحدث من جانبه واقعاً في حدود التاريخ الذى تنهى عنده الفترة المحددة قانوناً ، لا بعد هذا التاريخ . واذا صدر أمر بالعفو عن العقاب المستحق على جرائم ارتكبها شخص معين بالذات في فترة معينة ، وكانت من جرائم الحدث المتخلف ، لا يمسى هذا الأمر على كل جريمة جاء وقت حدثها المتخلف بعد انتهاء تلك الفترة .

(ثانياً) لما كان الحدث المتخلف متميزاً من حيث المكان عن السلوك المتخلف ، فإن العبرة في تحديد المحكمة المختصة مكانياً بجريمة الحدث المتخلف ، إنما هي بالمكان الذى كان يجب أن يتحقق فيه الحدث ، لا بالمكان أو الأمكنة التى تقاعس فيها الشخص عن اتيان العمل اللازم لتحقيق الحدث .

(ثالثاً) لما كانت جريمة الحدث المتخلف ، امتناعاً عن تحقيق حدث لا امتناعاً عن مجرد سلوك ، فانه يوجد فيها محل لتحقيق رابطة السببية من جهة ، ولتوافر الشروع من جهة ثانية ، ولتمييز بين العمد وبين الإهمال من جهة ثالثة .

فمن حيث رابطة السببية ، يجب أن تتوافر هذه الرابطة بين سلوك الشخص وبين الحدث المتخلف . فالمادة ١٤١ من قانون العقوبات المصرى مثلاً ، تنص على عقاب كل موظف أو مستخدم عموى مكلف بالقبض على انسان محكوم عليه أو متهم ، يهمل في الاجراءات اللازمة لذلك بقصد معاونة هذا الانسان على الفرار . فلو أن الموظف أو المستخدم أصيب وهو يتعقب ذلك الانسان بشلل فجائى أقعده عن المضى في أداء مهمته ، يكون هذا الشلل قطعاً صلة السببية بين سلوكه وبين فرار الانسان المذكور ، على اعتبار أنه لم يكن هناك معاونون في تلك اللحظة بالذات يمكن تكليفهم بتنفيذ مهمة القبض . وانما لو أن الموظف أو المستخدم تغافل عن اتخاذ اللازم للقبض حتى صار الانسان القارب قوسين أو أدنى من حدود الدولة ، بحيث يكون من العبث اتخاذ اللازم للقبض عليه عندئذ ، وتحرك لديه الشعور بالواجب في هذه اللحظة المتأخرة غير أنه أصيب فيها بمرض أقعده

وعبه فتمكن الانسان من الفرار ، لا يكون له الاعتذار بالمرض المذكور ،
لأنه حتى ولو لم يتحقق هذا المرض ، ما كان يمكن القبض في تلك اللحظة
على الانسان الفار (١) .

ومن حيث الشروع ، فانه من المتصور عملا الشروع في جريمة الحداث
المتخلف ، بسبب كون هذا الحداث بالذات هو الذي يعتبر تخلفه مكوناً
للركن المادي في الجريمة . فلو أن المستخدم المكلف بنقل مقبوض عليه
الى مكان معين ، ترك هذا الأخير بمضى في الطريق الى سيارة تتبع له الفرار ،
غير أنه قبل أن يبلغ المقبوض عليه هذه السيارة ، فطن الى الأمر حارس
آخر فأعاد القبض عليه قبل أن يصل الى السيارة ، فان المستخدم المذكور
يعتبر شارعاً في جريمة حداث متخلف ، وهي الجريمة المنصوص عليها
في المادة ١٤٠ من قانون العقوبات والمتمثلة في التغافل عن نقل مقبوض عليه
الى مكان معين ، وذلك بتركه يفر وبالتقاعص عن إيجاده في هذا المكان
الذي كان واجباً أن ينقل اليه .

أما في جريمة السلوك السلبى المجرد ، فان الشروع غير متصور ،
لأنه فور اتيان الشخص لهذا السلوك ، أى فور احكامه عن اتخاذ السلوك
الواجب قانونياً ، تم الجريمة على صورتها الكاملة ، ولا يتصور تخلفها
على صورة ناقصة .

(١) هذه المشكلة لما عليها كذلك حتى في جريمة السلوك السلبى المجرد ، متى كان هناك
وقت معين كان من المصين أن يتخذ في حدوده السلوك المتخلف . فلو أن موغلا ما كان عليه
أن يتواجد في مكان العمل بساعة معينة من تاريخ معين ، وغادر البلاد الى الخارج قبل هذا التاريخ
بساعات قليلة ثم أصيب بمرض بعد برهة يسيرة من وصوله الى الخارج أقدمه عن العودة الى عمله
في الساعة المحددة ، فإنه حتى اذا كان - وقت الإصابة بهذا المرض - قد عدل عن لية حرقلة
سير العمل أو الإخلال بانتظامه - وهي التية اللازم توافرها لقيام جريمة ترك العمل - لا يجوز له
التحلى بالمرض ، لأنه حتى اذا كان هذا المرض لم يتحقق ، ما كان يمكن على أية حال الهالك
بمكان العمل في الساعة المهيئة لذلك ، ومن ثم لا يعتبر المرض قوة قاهرة قاطعة لسلطة السببية
بين سلوك الشخص فعلا ، وبين تخلف السلوك الذى كان واجباً عليه ولم يتخذ . (راجع في ذلك
الى جرسين - المؤلف السابق ذكره - ص ٥٣ - هامش ٥٧) .

وهناك مثال آخر تثار فيه مشكلة السببية بصدد جريمة حداث متخلف ، كما اذا علم شخص
بشروع جريمة ماسة بأمن الدولة وأرسل بلاغا الى السلطات من هذه الجريمة ، ولكن البلاغ
لم يصل الى السلطات (راجع الى المادة ٩٨ ع وما سبق ذكره في هامش ١ من صحيفة ٤٦) .

ومن حيث الركن المعنوي للجريمة ، يكون من الممكن عملاً التمييز بين التعمد وبين الإهمال في جريمة الحدث المتخلف ، تبعاً لما إذا كان تخلف الحدث مقصوداً أو غير مقصود ، على ما فعله القانون في جريمة التفالس . أما في جريمة السلوك السلبي المجرد ، فلا محل فيها لتلك التفرقة ، لأنه لا دخل لأي حدث في تكوينها ، ومن ثم ينحصر مجال ركنها المعنوي في السلوك المكون لها بدون حدث .

بقي بعد ذلك الكلام على النوع الثالث للجريمة السلبية ، وهو الذي يسمى بالجريمة الإيجابية بطريق سلبى *reato commissivo mediante omissione*

وهذه الجريمة يتمثل الركن المادى المكون لها في الاحجام عن منع حدث وقع وكان يجب أن يتخلف (١) .

وهي تختلف عن جريمة السلوك السلبي المجرد من جهة ، وجريمة الحدث المتخلف من جهة أخرى .

أما وجه اختلافها عن جريمة السلوك السلبي المجرد ، فهو في أنها لا تتحقق قانوناً الا اذا وقع حدث معين ، في حين أن هذه الأخيرة تتوافر بمجرد عدم اتخاذ سلوك معين يأمر به القانون وبصرف النظر عن تحقق أو عن تخلف حدث ما .

ووجه اختلافها عن جريمة الحدث المتخلف ، هو في أنها احجام عن منع ، بينما الأخيرة احجام عن تحقيق ، وفي أنها احجام عن منع حدث محظور وقوعه ، بينما جريمة الحدث المتخلف احجام عن تحقيق حدث واجب الوقوع .

(١) وقد سميت بالجريمة الإيجابية بالنظر الى وقوع ذلك الحدث المحظور وعلى الرغم من أنها في حقيقة الأمر جريمة سلبية داخلية كنوع في تقسيمات الجريمة السلبية . ولهذا الاعتبار الأخير سميت "الجريمة الإيجابية بطريق سلبى" أو الجريمة الإيجابية بطريق الترك .

فإنال الجريمة الإجرامية بطريق سلبى ، تسبب أم فى وفاة طفلها لاحتاجها
عن ارضاعه . ذلك لأن الركن المادى هنا يتمثل فى الاحتاج من منع حادث
محظور وقوعه هو وفاة الطفل .

وتتطلب هذه الجريمة وقفة وتأملا فى القاعدة الجنائية المستمد منها
تجريمها . هذه القاعدة تتكون فى الواقع من شقين : شق يعتبر ناهيا وهو
بالذات الشق الذى ينهى عن تحقيق الحدث ولا بد من وجود هذا الشق فى نص
من نصوص القانون الجنائى نفسه ، وشق يعتبر أمرا وهو بالذات الشق الذى
يوجب العمل على منع وقوع الحادث المحظور ، أى الذى يستمد منه الالتزام
بالعمل ، وهذا الشق كما يوجد فى قانون العقوبات نفسه ، قد ينبعث من
مصدر آخر غير قانون العقوبات .

هذا المصدر الآخر للالتزام بالعمل ، قد يكون فرعا آخر من فروع
القانون العام غير قانون العقوبات ، مثل القانون الإدارى (كما فى التزام عامل
الإنفاذ على الشواطىء باتخاذ اللازم لتنجدة المهددين بالغرق) ، وقد يكون
فرعا من فروع القانون الخاص ولاسيما قانون الأحوال الشخصية ،
وقد يكون العرف أو أمرا اداريا أو حكما قضائيا .

بل قد يكون مصدره عقدا (كما فى التزام الحارس الخاص بالعمل على
منع السرقة إذا ما تعمد الإخلال بهذا الالتزام تيسيرا للسرقة ، وكما فى التزام
الممرض بالسهر على العناية بالمريض ، وكما فى التزام مدير دار للاستشفاء
بأن يمد بالغذاء تزيل هذه الدار الخ . . .) .

وقد يكون مصدره شبه عقد كالفضالة ، كما فى التزام الطبيب الذى
يتطوع بعلاج مريض فاقد لوعيه بأن يمده بكافة أساليب التطبيب الكفيلة
بمنع وفاته ، على الرغم من عدم وجود رضاء من جانب المريض أو من
يمثله بأن يتولى ذلك الطبيب العلاج .

وقد يكون مصدر الالتزام بالعمل سلوكاً سابقاً صدر من الشخص نفسه سواء أكان هذا السلوك السابق مشروعاً أو محظوراً . فمن قبيل السلوك السابق المشروع ، أن يحدث شخص ما حفرة في الطريق العام بناء على إذن بذلك ، فينشأ على عاتقه الالتزام بأن ينبه المارة الى وجود هذه الحفرة . ومن قبيل السلوك السابق المحظور ، مثال واقعى فصلت فيه محكمة النقض المصرية اذ قضت بأنه « لا نزاع في أن تعجز شخص عن الحركة بضربه ضرباً مبرحاً وتركه في مكان منعزل محروماً من وسائل الحياة بنية القتل يعتبر قتلاً عمداً متى كانت الوفاة نتيجة مباشرة لتلك الأفعال » (١) . ففي هذا المثال ، نشأ على عاتق الفاعل التزام بأن يمد المخبى عليه بالطعام تبعاً لسلوك سابق جعل به المخبى عليه في حالة عجز عن تظفير نفسه بالطعام .

على أنه متى تحقق الحدث الذي يعلق القانون وجود الجريمة عليه ، لا يكون هناك محل لاستمرار الالتزام بالعمل على منع الحدث . فلو أن شخصاً ملزماً بضدائ الحريق في مصنع به مواد قابلة للاشتعال ، أغفل هذا الالتزام فترتب على ذلك أن شبت الحريق ، فإن تقاعسه بعد ذلك عن اطفاء الحريق لا يجعله مرتكباً لحريق عمد ، لأن العبرة في القصد الجنائي بالنية المعاصرة للحدث الاجرائى لا بالنية الطارئة في وقت لاحق لوقوع هذا الحدث فعلاً .

والالتزام بالعمل ، لا يختلف مصادره فحسب ، وإنما يختلف كذلك من حيث النوع ومن حيث الطبيعة ومن حيث المدى .

فمن حيث النوع ، قد يكون التزاماً عاماً واقعاً على عاتق أى مواطن كائناً من كان ، وقد يكون التزم أمماً مهنيّاً أو وظيفيّاً واقعاً على عاتق أفراد ينتمون الى مهنة أو وظيفة معينة ، وقد يكون التزم فرديّاً واقعاً على عاتق شخص معين بالذات في موقف معين .

ومن حيث الطبيعة ، قد يكون صريحاً معبراً عنه خصيصاً في نص قانوني ، وقد يكون ضمناً مستفاداً من وجود الملزم في ظروف معينة أو على صلات خاصة بالشخص المقرر الالتزام لصالحه .

(١) نقض ٢٨ ديسمبر ١٩٣٦ - مجموعة القواعد القانونية . ج ٤ رقم ٢٨ ص ٢٧

ومن حيث المدى أى من حيث ما يتطلبه الالتزام من تقصّيات ، يتوقف كل التزام على طبيعة العمل الذى يؤديه الملتزم 'والطاقة المادية لهذا الأخير . فالإلزام الأب بتوفير العلاج الطبى لابنه المريض مثلاً ، يتوقف مداه على القدرة المادية لهذا الأب .

بعد ما تقدم ، بقى أن نبين الآثار القانونية المترتبة على طبيعة الجريمة الإيجابية بالطريق السلبى ، ونجمل هذه الآثار فيما يلى :

(أولاً) لما كانت هذه الجريمة تتمثل فى الاحجام عن منع حدث محظور ، فانه يتوافر فيها هى الأخرى مجال لتحقيق وجود صلة السببية أو عدم وجودها بين ذلك الاحجام وبين تحقق هذا الحدث ، كما أنه من المتصور فيها الشروع كذلك ، كما اذا تركت أم طفلها دون اطعام بقصد احداث وفاته ، حتى أشرف على الموت ، وعندئذ تقدم شخص الى بالطعام فأنقذه من الوفاة .

وتتفق الجريمة الإيجابية بطريق سلبى ، مع جريمة الحدث المتخلف - من حيث ضرورة توافر صلة السببية ومن حيث قابلية الشروع للتصور - ولكنها تختلف فى الأمرين عن جريمة السلوك السلبى المجرد التى لا يوجد فيها أى مجال لا لرابطة السببية ولا لامكان الوقوع على صورة ناقصة .

(ثانياً) أنه لما كان وقوع الحدث المحظور عنصراً فى الجريمة الإيجابية بطريق سلبى ، فانه كما يصح أن يكون هذا الحدث مقصوداً ، يصح كذلك أن يكون غير مقصود ، ومن ثم يوجد محل للكلام عن الصورة العمدية وعن الصورة غير العمدية فى الجريمة الإيجابية بطريق الترك . شأنها فى ذلك شأن جريمة الحدث المتخلف .

والواقع - وهذا رأينا الشخصى - أن كل جريمة غير عمدية فى القانون يتمثل ركنها المادى فى الاحجام عن منع حدث محظور ، تعتبر جريمة إيجابية بطريق سلبى ، ولكن العكس غير صحيح ، بمعنى أنه ليست كل جريمة إيجابية بطريق سلبى ، جريمة غير عمدية ، فقد تكون عمدية .

ذلك لأن محل التجريم في الجريمة غير العمدية - على ما قدمنا - ليس هو الشق الحادث من السلوك فعلا بقدر ما هو اغفال الشق الذي تخلف منه وكان من الواجب أن يتحقق ، أى اغفال واجب الاكثراث بالآخرين عند العمل في سبيل الذات ، وبالتالي اغفال الالتزام بالعمل على منع وقوع الحادث المحظور (١).

أما جريمة السلوك السلبي المجرد ، فكل الممكن فيها - كما قلنا - أن يكون السلوك الواجب اتخاذه قد أغفل عمداً أو أغفل اهمالا ، ولا مجال للكلام فيها عن حدث مقصود أو غير مقصود ، اذ لا وجود لحدث ما في ركنها المادى .

٢ - في جريمة السلوك وجريمة الحدث :

إذا كان السلوك - على ما بينا - هو طريقة توجيه أو قيادة الانسان لنفسه ازاء العالم المحيط ، فان الحدث يمكن تعريفه بأنه كل تغير في العالم المادى أو في العالم النفسى ، يعلق عليه قانون العقوبات جزاءً جنائياً ، سواء تحقق هذا التغير بناء على سلوك إيجابى أنتجه أو بناء على سلوك سلبي لم يمنعه من الوقوع (٢) .

والحدث - كعنصر في الركن المادى للجريمة - ليس أى تغير يحدث في العالم المادى أو العالم النفسى كأثر للسلوك ، وإنما هو بالذات ذلك التغير الذى يجعله قانون العقوبات محلاً للتجريم .

(١) فإن لم تكن الجريمة غير العمدية جريمة إيجابية بطريق سلبى أى جريمة أحجام من منع حدث محظور - وهذا هو الغالب فيها - فإنها قد تكون جريمة حدث متخلف أى جريمة أحجام عن تحقيق حدث واجب ، ولو أن الصورة الأخيرة نادرة وقد رأينا لها مثالا في التفالس بالتقصير . وعلى أية حال ، فإن الجريمة غير العمدية ، ولو أنها ليست جريمة سلوك سلبي مجرد إذ لا بد لوجودها من حدث وقع وكان يجب أن يتخلف ، أو تخلف وكان يجب أن يقع ، فإنها دائماً وفي جميع الأحوال جريمة سلبية لا جريمة إيجابية ، لكون الشق محل النظر في السلوك المحكوم لما هو الشق الذى تخلف وكان يجب أن يتحقق .

(٢) Grispiigni — op. cit. — p. 59 a.s.

وذلك لأن كل سلوك - أيا كان - يحدث متى اتخذ على الأقل صورة الحركة الجسمية ، تغييراً ما في العالم المادى أو النفسى ، سواء أكانت الحركة صادرة من الجسم كله أو من عضو من أعضائه .

فجرد المشى في الطريق يحدث تغييراً في العالم المحيط على الأقل في الفراغ الموائى الذى يسير خلاله من يمشى .

وجرد الكلام يحدث تغييراً كذلك في العالم المحيط رغم أنه يصدر من بعض أعضاء الجسم لا من الجسم كله ، أى من الحنجرة واللسان ، وهذا التغيير هو ما تحدته الكلمات المنطوق بها من ذبذبات صوتية تجوب الفضاء وتطرق سمع الغير .

لكل سلوك لابد من اقترانه بتغيير في العالم الخارجى متى اتخذ صورة الحركة الجسمية .

بل قد رأينا - وهذه نظرية شرعية لا مادية - أن محض السكون الجنائى يقوم في نظر القانون مقام الحركة الجسمية في تسبب تغيير حدث في العالم الخارجى ، متى كان على الساكن التزام بأن يعمل على منع هذا التغيير ومع ذلك أحجم .

على أنه مهما كانت التغييرات التى يحدثها السلوك - من الناحية المادية - في العالم المادى أو النفسى ، فانه ليس لازماً أن تكون كل هذه التغييرات محل اكتراث من جائب القانون .

فالقانون لا يعنيه منها سوى بعض دون البعض الآخر .

بل ان هذا البعض الذى يكثر به القانون ، ليس واحداً ، في كل فروع القانون . فالقاعدة مثلاً أنه بينما يعنى القانون الجنائى بالتغييرات الفورية اللصيقة بالسلوك الاجراى دون اكتراث بالتغييرات اللاحقة ، نجد الفروع الأخرى للقانون مثل القانون المدنى تعنى بهذه الأخيرة .

وقد قلنا ان التغيير الذى يقترن بالسلوك أو يترتب عليه ، قد يحدث فى العالم المادى وقد يحدث فى العالم النفسى .

فن قبيل التغيير فى العالم المادى الاعتداء على جسم الغير بضرب أو جرح . ومن قبيل التغيير فى العالم النفسى التفوه علناً بألفاظ قذف أو سب تطرق سمع الغير وتحدث فى نفسه آثاراً .

غير أنه ليس من اللازم أن يكون العلم المادى أو العالم النفسى الذى يحدث فيه السلوك تغييراً ، خارجاً عن ذات الشخص الذى يسلك .

فهو — وان كان كذلك غالباً — قد لا يكون كذلك فى بعض الأحيان .

فقد يحدث التغيير فى العالم المادى أو النفسى الملتصق فى صاحب السلوك نفسه ، لا العالم المحيط به أى الخارج عنه ، كما اذا أحدث شخص بحسبه جروحاً بقصد التهرب من الخدمة العسكرية (م ٤٩ ، ٥٠ من القانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٤٧) ، فهذا حدث أوقعه على جسمه هو كجزء من العالم المادى ، وكما اذا حصل انسان على سر من أسرار الدفاع عن البلاد (م ٨٠ من قانون العقوبات) ، فهذا حدث تحقق فى باطنه هو كجزء من العالم النفسى .

ومن أجل ذلك ، لا يشترط فى التعريف بالحدث كعنصر فى الركن المادى لجريمة ما ، أن يكون العلم المادى أو النفسى ، الذى يتحقق فيه هذا الحدث ، خارجاً ومتميزاً عن صاحب السلوك نفسه .

على أن نص التجريم هو الذى يحدد ما اذا كان حدث ما لازماً وقوعه (أو تخلفه) فى سبيل وجود الجريمة .

فقد يكون السلوك الانسانى منتجاً لحدث بالفعل ، دون أن يكون هذا الحدث عنصراً فى الجريمة ، لأن نص التجريم حين وصف الجريمة ، لم يتطلبه كعنصر فى الركن المادى المكون لها .

وبناء على ذلك ، فإنه يمكن تعريف جريمة السلوك المحرد reato di mera condotta ، بأنها تلك الجريمة التي يكفي النص في وصف الركن المادى المكون لها ، بسلوك معين ، دون أن يستلزم في سبيل وجودها أن يترتب على هذا السلوك أو أن يتخلف بسببه ، حدث ما . ولا شك في أن تلك الجريمة هي التي سبق أن أشرنا الى الصورة السلبية منها حين تحدثنا عن جريمة السلوك السلبى المحرد . ولكن يصح أن نتحقق بسلوك ايجابى ، أى بسلوك هو في ذاته محل تجريم من ناحية ما صدر منه بالفعل لا من ناحية جزء تخلف رغم وجوب تحققه . ومن قبيل جريمة السلوك الايجابى المحرد ، جريمة الفعل الفاضح ، وجريمة الرشوة ، وجريمة الشهادة الزور ، وجريمة احراز السلاح بدون ترخيص (١) .

وتظهر أهمية التمييز بين جريمة السلوك المحرد وبين غيرها من الجرائم ، في أنها جريمة لا يتصور فيها الشروع (٢) ، وفي أنه لا يتصور كذلك أن يتعدد فيها الفاعل مع وحدة الجريمة وان كان يمكن أن يوجد فيها مساهم بصفته شريكاً بالاتفاق أو المساعدة أو التحريض ، وفي أن مكانها وزمانها يتحددان بمكان وزمان السلوك المكون لها ، وفي أنه لا محل فيها لرابطة سببية ، اذ لا يتطلب القانون في تكوينها حدثاً ما حتى تبحث صلة المعلول بالعللة بينه وبين السلوك .

أما جريمة الحدث reato di evento ، فهي تلك الجريمة التي يتطلب القانون كعنصر في ركنها المادى ، وقوع تغير معين في العالم الخارجى كنتيجة لسلوك معين . وسبق أن رأينا صورة من هذه الجريمة في حالة وقوع الحدث بناء على سلوك سلبى ، أى نتيجة الاحجام عن منعه (الجريمة الايجابية بطريق الترك) . ولكنها تتحقق — وهذا هو الغالب — حين يقع الحدث بناء على سلوك ايجابى منتج له حسب الناموس السببى المادى

(١) تدخل في ذلك جريمة خيانة الأمانة اذا ما تمت بسلوك ايجابى أفصح عن تغير نية الحياة الى نية التملك . أما اذا تمت بسلوك سلبى لم يمتد الامتناع عن رد الأمانة الى صاحبها ، فتكون عندئذ جريمة سلوك سلبى محرد . وفي الحالتين لا يتصور فيها الشروع .

(٢) فلما أن تقع الجريمة كاملة وإما ألا تقع أصلاً ، ولا يتصور أن تقع على صورة ناقصة .

هذه الجريمة تنقسم بدورها إلى جريمة حدث غير مؤذ ، وإلى جريمة حدث سيئ .

فجريمة الحدث غير المؤذى reato con evento non offensivo يتميز الحدث الداخلى عنصرا فى ركنها المادى بأن القانون لا يشترط فيه أن يلحق أذى بانسان ما . فقد يكون على العكس حدثا نافعا لا مؤذيا - بالنظر إلى الشخص الذى كان محله المباشر - كما فى معاونة الجنائى على الفرار من وجه القضاء (م ١٤٥ع) . وقد يكون حدثا من شأنه أن يؤذى إنسانا ، غير أن القانون لا يشترط لوجود الجريمة أن يترتب عليه أذى فعلى ، كما فى جريمة الاتفاق الجنائى ، وجريمة البلاغ الكاذب ، وجريمة القذف وجريمة السب . فعلى الرغم من أن الحدث فى هذه الجرائم من شأنه الإيذاء حسب الغالب فى الأمور ، إلا أن القانون لا يتطلب لتوافر الجريمة أن يتحقق بالفعل هذا الإيذاء . ولا أدل على ذلك من أنه قد يتخلف الأذى بالفعل رغم وقوع الحدث المخطور ، ومع ذلك لا يفتى بوجود الجريمة . فقد لا تؤثر الفاظ السب فى النيل من شرف واعتبار من وجهته فى حقه لأن هذا أقوى فى أعين الناس وأكرم من أن تصاب سمعته بسوء ، ومع ذلك تظل جريمة السب قائمة لأنه لا يلزم لوجودها أن تسبب الالفاظ المكونة لها ضررا فعليا (١) .

أما جريمة الحدث السيئ reato con evento offensivo فيتميز الحدث الداخلى عنصرا فى تكوينها ، بأنه يلزم قانوناً أن يلحق بانسان ما ضرراً فعليا ، أو يلزم على الأقل أن يعرض هذا الانسان لخطر الضرر . وفى هذه الحالة

(١) ومن البهيس أن كل جريمة يدخل فى ركنها المادى حسب نص القانون حدث معين ، أيا كان هذا الحدث ، يتصور فيها الشرع علا ، كما أنها هى المجال الذى تبحث فيه رابطة السببية للتحقق من توافرها .

لا تقوم الجريمة الا اذا تحقق هذا الضرر فعلاً أو اذا وجد هذا الخطر حقيقة .
وهذا ما يسوقنا الى الكلام على التقسيم التالى للجريمة وهو تقسيمها الى جريمة
ضرر وجريمة خطر .

٣ - جريمة الضرر وجريمة الخطر :

هذا التقسيم يدور حول فرع من فروع التقسيم السابق ، وهو بالذات
الفرع المسمى بجريمة الحدث السيئ .

وقبل الكلام عن تقسيم الجريمة الى جريمة ضرر وجريمة خطر ، يتعين
التمهيد لذلك بالترقية بين ما يسميه الايطاليون بالموضوع المادى للسلوك
الاجراى *oggetto materiale della condotta* ، وما يسمونه بالموضوع
القانونى للجريمة *oggetto giuridico del reato* ، أو موضوع الوصاية
الجنائية *oggetto della tutela penale* .

فالموضوع المادى للسلوك الاجراى ، هو المثل الذى يرد عليه مباشرة
هذا السلوك ، انساناً كان هذا المثل أو حيواناً أو شيئاً .

أما الموضوع القانونى للجريمة أو موضوع الوصاية الجنائية ، فهو ذلك
المال المادى أو المعنوى الذى قصد صونه بتقرير العقاب على السلوك الماس
به ، لكون سلامة هذا المال شرطاً جوهرياً من شروط حق المجتمع فى الكيان
والبقاء أو ظرفاً مكملاً لهذا الشرط ، على ما بينا حين تكلمنا على النظرية
العامة فى التجريم .

وليس من اللازم أن يتحد الموضوع المادى للسلوك الاجراى مع الموضوع
القانونى للجريمة . فهما ان اندججا سوياً فى بعض الحالات ، قد يفترقان
ويتميز الواحد منهما عن الآخر فى كثير من الحالات .

فجريمة القتل مثلاً ، من الحالات التى يتدمج ويتحد فيها معاً الموضوع
المادى للسلوك والموضوع القانونى للجريمة . ذلك لأن الموضوع المادى

للسلوك فيها هو حياة المخني عليه ، وهذه الحياة هي بعينها الموضوع القانوني للجريمة من حيث كون صيانتها من الشروط الجوهرية اللازمة لحق المجتمع في الكيان والبقاء ، ومن حيث كون هذه الصيانة هي أساس التجريم أى أساس تقرير العقاب على فعل القتل .

وانما كثيراً ما يختلف الموضوع المادى للسلوك عن الموضوع القانوني للجريمة . فالتاجر المتوقف عن الدفع والذي يعلم دفاتره ، ويرتكب بذلك جريمة تفراس بالتدليس ، موضوع نشاطه المادى هو هذه الدفاتر بل قل حقوق دائئيه أنفسهم ، أما الموضوع القانوني للجريمة فهو انتظام سير المدفوعات بين كل مدين ودائنه من حيث كونه شرطاً أساسياً من شروط وجود التجارة كدعامة من دعائم الاقتصاد القومى ، وذلك لأن حصول كل دائن على ماله يتوقف عليه وفاء هذا الدائن بما عليه ، وأن التوقف عن الدفع من جانب تاجر من شأنه أن يمتد آثاره الى غير هذا التاجر ، فعدم وفاء التاجر بديونه نحو المورد ، معناه أن المورد بدوره لا ينفى بديونه نحو المصنع ، وأن المصنع لا ينفى بديونه نحو عماله ونحو موردى المواد الأولية اليه وهكذا .. ، فينزل الاضطراب وتم الأضرار ، الأمر الذى من أجله اعتبر المشرع وفاء التاجر بما عليه من ديون — بالنظر الى طبيعة ميدان التجارة وتشابك وتلاحق حلقات الاتصال بين المشتغلين فيه — شرطاً جوهرياً يتوقف عليه حق المجتمع في الكيان والبقاء فجعل الاخلال به مكوناً بالتالى لجريمة التفالس (١) .

وجريمة التزوير ، الموضوع المادى لسلوك فاعلها هو المحرر ، وأما الموضوع القانوني لها فهو ما يسميه الايطاليون الايمان بالمستندات ، أى ما يجبل عليه الناس من قابلية التأثر فى تكوين عقيدتهم ، بالوثائق والمستندات . فالتزوير بهذه القابلية معناه فى نظر المشرع الاخلال بشرط جوهري يتوقف عليه حق المجتمع في الكيان والبقاء ، هو الامتناع عن الغش .

(١) يرجع فى ذلك الى رسالتنا بالايطالية La tutela penale dei diritti privati di obbligazione, Roma, 1930.

وجريمة افشاء سر المهنة ، الموضوع المادى لسلوك فاعلها ، هو السر المودع لديه ، وموضوعها القانونى هو صيانة حق الجاهلين بفن ما فى الالتجاء الى الاختصاصيين فى هذا الفن ، وما يقتضيه هذا الالتجاء من الافضاء بسر يعتبر البوح به ضرورة لازمة فى سبيل أداء الاختصاصى لوظيفته . فلا شك فى أن افشاء هذا الأخير للسر الذى اقتضت مهنته أن يقف عليه ، ينفّر الناس من الالتجاء اليه ، وبالتالي ينزل بهم حرجاً كبيراً ويعوق اشباع حاجتهم الماسة الى الاختصاصيين فى كافة المهن ، الأمر الذى من أجله اعتبر المشرع ذلك الإفشاء عملاً بشرط جوهرى يتوقف عليه حق المجتمع فى الكيان والبقاء^(١) .

وجريمة احداث الانسان أضراراً بجسمه فى سبيل التخلص من الخدمة العسكرية ، الموضوع المادى لسلوك فاعلها هو جسم هذا الفاعل نفسه ، فى حين أن موضوعها القانونى هو حق الدولة فى التعويل على سواعد أبنائها لللود عن كيانها وبقائها وهكذا...^(٢) .

ومضى استقر وجه التفرقة بين الموضوع المادى للسلوك الاجرامى وبين الموضوع القانونى للجريمة أو موضوع الوصاية الجنائية ، يتبين بجملاء كيف أن الأول يوجد فى النص ذاته وفى الوصف الذى حدد به النص السلوك المحظور ، فى حين أن الثانى لا يوجد فى النص وإنما وراء النص أى يمثل الحكمة من النص نفسه .

وينبنى على ذلك أيضاً ، أن أساس التفرقة بين جريمة الضرر وجريمة الخطر ، ليس هو الموضوع القانونى للجريمة ، وإنما هو الموضوع المادى لسلوك الجانى .

فقد قلنا ان الموضوع القانونى هو دائماً منع المساس بشرط يعتبره المشرع من الشروط الجوهرية التى يتوقف عليها حق المجتمع فى الكيان

(١) يرجع فى ذلك الى مؤلفنا فى القسم الخامس من قانون العقوبات .

(٢) سبق أن قلنا انه اذا لم يكن الموضوع القانونى شرطا جوهريا من شروط حق المجتمع فى الكيان والبقاء فإنه يكون فى القليل ظرفا مكملا لهذا الشرط .

والبقاء . والجريمة من حيث كونها مساساً بهذا الشرط ، يستوى في تكيف مساسها به أن يكيف هذا المساس على أنه اضرار أو على أنه تعريض للخطر . فهو مساس فحسب . وإن شئت فقل هو على الدوام اضرار بحق المجتمع في الكيان والبقاء .

ووجه التفرقة بين جريمة الضرر وجريمة الخطر ، إنما يوجد مجاله بالتبعية لا في الموضوع القانوني للجريمة ، وإنما في الموضوع المادى لسلوك فاعلها ومن ناحية ما يرد عليه هذا السلوك مباشرة .

ففي هذا المجال ومن هذه الناحية ، تنقسم الجرائم الى جرائم ضرر وجرائم خطر .

فجريمة الضرر هي التي يتطلب القانون في ركنها المادى حدوث ضرر معين . والضرر هو ازالة أو انقاص مال ما ، مادياً كان هذا المال أو معنوياً . والمال هو كل ما يشيع حاجة انسانية مادية كانت هذه الحاجة أو معنوية . وله هنا معنى واسع يشمل كافة ما يتوقف عليه اشباع حاجة ، ولو لم يكن ذا كيان مادى ملموس . وبهذا المعنى يعتبر مالا حتى الهدوء في الليل ، أو سرية المراسلات مثلاً . وسبق أن تحدثنا عن معنى المال وعن معنى الضرر في موضع آخر نحيل إليه (١) .

وجرائم الضرر بهذا المعنى ، عديدة لا تحصى . فيكفى أن يتطلب القانون لوجود الجريمة أن يتحقق ضرر معين كمعصر في الركن المادى المكون لها ، كى تصبح بذلك جريمة ضرر بحيث يتعين على القاضى التحقق من أن هذا الضرر قد وقع فعلاً وأن الجريمة قد استكملت بوقوعه أركان وجودها . فمن قبيل هذه الجرائم جريمة الضرب المفضى الى عاهة مثلاً ، وكافة جرائم الاعتداء على سلامة البدن ، وجرائم الاعتداء على المال .

(١) يرجع الى مؤلفنا في القسم الخامس من قانون العقوبات - ١٩٥٨ - ص ٢١٤ - والبحث المنشور في مجلة الحقوق بالمدن الأول والثاني من السنة السادسة تحت عنوان "فكرة التصد وفكرة الدرس والناية في النظرية العامة للجريمة والعقاب" .

أما جريمة الخطر ، فهي التي يتطلب القانون في ركنها المادى توافر خطر معين ، بحيث لا يكون للجريمة وجود الا اذا حقق سلوك الفاعل هذا الخطر . ومن أهم الأمثلة لها جريمة الشروع أى الجريمة الناقصة . ومن قبيلها جريمة تعريض طفل للخطر المنصوص عليها في المادتين ٢٨٥ ، ٢٨٧ . والخطر معناه أن يتوافر بسلوك الفاعل موقف يكون فيه قدر ذو شأن من العوامل الميسرة لوقوع الضرر ، ولو لم يتحقق الضرر فعلا . وسبق أن عرفنا الخطر في موضع آخر فتحيل اليه (١) .

فاذا لم يكن وجود الجريمة متوقفاً لا على ضرر ولا على خطر ، فاما أن تكون جريمة سلوك مجرد واما أن تكون جريمة حدث مطلق ليس بلازم أن يكون شيئاً على ما سلف بيانه (٢) .

(ج) فكرة الرجل العادى فى تصوير الركن المادى

سبق أن رأينا دور هذه الفكرة فى التجريم أصلا من ناحية كون الجريمة ذاتها سلوكاً شاذاً لا يسلكه الرجل العادى فى نفس الظروف ، ودورها فى تحديد السبب المبيح ، ثم دورها فى اعمال آثار هذا السبب رغم تخلفه فى الواقع ، وذلك بناء على الاعتقاد بوجوده .

على أن تلك الفكرة لا يقف مداها عند ما تقدم ، بل لها دورها كذلك حتى فى تصوير الركن المادى لجريمة تقرر وجودها قانوناً .

ويبدو ذلك من عدة وجوه .

(أولاً) من ناحية رابطة السببية فى جرائم الحدث .

(١) يرجع الى مؤلفنا السالف ذكره ص ٢١٤ وما بعدها .

(٢) تسمى الجريمة فى الحالتين الأخيرتين بالجريمة الشكلية *reato formale* اذا ما تطلب لقانون أن يكون سلوك الفاعل موجها الى هدف معين بدون اشتراط تحقق هذا الهدف فعلا ، فى حين أن الجريمة التي يتطلب القانون فيها تحقق الهدف الذى يسمى اليه الفاعل تسمى بالجريمة المادية *reato materiale* Grispigni — op. cit. — p. 81 e. s.

(ثانياً) من ناحية توافر الغش في جرائم الغش .

(ثالثاً) من ناحية توافر الركن المادى في الجريمة المستحيلة مع التسليم بالعقاب عليها في كافة حالاتها .

(رابعاً) من ناحية تفسير المقصود بمصطلحات وردت في النص دون تحديد للدلولها .

فن ناحية رابطة السببية في جرائم الخلد (١) ، سبق أن قررنا في موضع آخر (٢) ، أن لها قانوناً معنى يغير معناها في علم الطبيعة ، وأن فكرة الرجل العادى عنصر جوهري في معناها القانونى .

ذلك لأن سلوك الانسان يعتبر سبباً قانونياً لحدث معين ، اذا كان — حسب ما علمته التجربة — وبالإضافة الى العوامل السابقة والمعاصرة واللاحقة التى فى وسع رجل عادى أن يتركها لو وجد فى نفس الظروف ، متضمنة احتمال وقوع ذلك الحدث .

والاحتمال — ولو كان ضعيفاً — يختلف عن مجرد الامكان .

فعناه دائماً وجود قدر ذى شأن من العوامل الميسرة لوقوع الحدث . وهذا الاحتمال بعينه — متى كان الحدث المحتمل وقوعه ضاراً — هو الذى يسمى بالخطر .

أما مجرد الامكان فيختلف عن الاحتمال من جهتين :

من جهة أن الحدث الممكن ليس وشيك الوقوع مثل الحدث المحتمل .

(١) المقصود دائماً بجريمة الخلد ، أية جريمة يدخل فى ركنها المادى تأثير معين يلزم حدوثه فى العالم المادى أو النفسى كنتيجة لسلوك الجانى ، ومن ثم نفضل أن نسمى الجريمة التى يتركها حدث من الناس ، بجريمة الصغير ، كى لا تختلط بجريمة الحدث حل معناها المتقدم .

(٢) القسم الخامس فى قانون العقوبات — ١٩٥٨ — ص ١٣٩ وما بعدها :

ومن جهة أن مجرد الامكان — كما عرفناه في موضع آخر (١) — معناه أن يتوافر محض ظرف قد يكون في وقت ما ميسراً لإنتاج حدث ما ، دون أن ينتظر نتائج هذا الحدث منه ، لا في الحال ولا في وقت قريب ، بل ولا في وقت قابل للتحديد مقدماً ، اذ تتوقف صلاحية الظرف المذكور لإنتاجه على انضمام عامل أو عوامل أخرى الى هذا الظرف ، لا يمكن التكهن بالوقت الذي تنضم فيه .

وضربنا مثلاً للامكان المجرد ، بوجود كوم من التبن أو القش وهو مادة قابلة للاحتراق ، وسط عدد من المساكن . فمجرد وجود هذا الكوم لا يهدد المساكن المحيطة بخطر الحريق ولو أنه صالح لأن يكون في وقت ما عاملاً موصلاً للحريق إليها ، ذلك لأن هذه الصلاحية مشروطة بأن ينضم عامل آخر لا يمكن التكهن بوقت انضمامه ، وهو أن يصاب الكوم بشرر من نار .

هذا مجرد امكان الحدث ، وهو ليس احتمالاً — على ما هو ظاهر .

فاذا كان الحدث الممكن وقوعه ضاراً ، فإن مجرد امكان وقوعه لا يعتبر بمثابة الخطر — كما هو الحال في الاحتمال — وإنما يجوز اعتباره بمثابة خطر الخطر .

وسلوك الانسان كى يعتبر سبباً لحدث ما — في نظر القانون — يلزم كما قلنا أن يتضمن احتمال وقوع هذا الحدث لا مجرد امكان وقوعه ، وذلك لا في ذاته ومجرداً ، وإنما بالإضافة الى العوامل السابقة عليه والمعاصرة اياه واللاحقة له والتي في وسع رجل عادى أن يدرك وجودها أو احتمال طروئها لو أنه وجد في ذات مكان صاحب السلوك .

وسرى أن الاحتمال لا مجرد الامكان هو أساس توافر الركن المعنوى في الجريمة كما رأينا الآن أنه — في الركن المادى — أساس توافر رابطة السببية .

(١) المرجع السابق ص ٢١٧

والمعول عليه — كما هو ظاهر — في مؤاخذه الانسان على مقتضى
العوامل السابقة على سلوكه والمعاصرة اياه واللاحقة له ، هو العلم الذى يحيط
بهذه العوامل ويتوافر لدى رجل عادى من الناس لو أن هذا الرجل
وجد في مكان ذلك الانسان .

فلو أن انساناً صفع رجلاً كهلاً نحيلاً ، فوقع هذا على الأرض
وارتطمت رأسه بها فمات ، يعتبر قانوناً سبب وفاة هذا الكهل ، لأن عامل
شيخوخة المخنى عليه — كعامل سابق على السلوك ومعاصر له — كان في وسع
رجل عادى أن يدركه وأن يقدر آثاره لو أنه وجد في ذات مكان الجاني
وكان يمكنه أن يتوقع وقوع الكهل بسببه على الأرض وارتطام رأسه بها
على نحو يحدث الوفاة .

غير أنه لو فرضنا أن ذلك الانسان لكم رجلاً فتياً بديناً على صدره ،
فمات هذا الرجل من جراء تلك اللكمة البسيطة بسبب وجود مرض خطير
في قلبه ، فإن الفاعل لا يعتبر سبباً قانونياً لهذا الموت ، رغم أنه — من وجهة
النظر العلمية — يعتبر له سبباً . وعلة عدم اعتباره سبباً للحدث ، في نظر
القانون ، رغم أنه كذلك في نظر علم الطبيعة ، أن عامل المرض القلبي
للمخنى عليه — وهو هنا عامل سابق على السلوك ومعاصر له — لم يكن في وسع
رجل عادى أن يعلم به أو يدركه لو وجد في ذات مكان الجاني .

ومن البديهي أنه لو كان لدى الجاني علم شخصي بالمرض المذكور
سواء لما تراهي إليه من أخبار عن المخنى عليه ، أو لأن هذا الأخير صاح
هو نفسه بوجود هذا المرض فيه قبل أن يعتدى عليه ، فيكون الجاني
في هذه الحالة سبباً لوفاة المخنى عليه ، لا علماً فحسب ، وإنما قانوناً كذلك .

وما رأيانه الآن في صدد العامل السابق والمعاصر ، يصدق كذلك
في شأن العامل اللاحق للسلوك .

فلو أن انساناً جرح آخر في أصبعه عمداً ، فأهمل هذا الآخر عمداً
في علاج نفسه تسوياً لحالته ومضاعفة للمسؤولية على عاتق جارحه ،

وترتب على ذلك أن تجاوزت مدة علاج الجرح عشرين يوماً ، فإن هذا الإهمال المتعمد من جانب المحنى عليه - كمامل لاحق لسلوك الجاني - يعتبر من العوامل التى فى وسع رجل عادى أن يتوقع طرورها لو وجد فى ذات مكان الجاني ، وبالتالي يسأل الجاني على مقتضى هذا العامل اللاحق رغم أنه ليس فعله الشخصى ، وبوصف أنه من عواقب هذا الفعل .

أما اذا بر الجريح اصبعه برأ ، فلا يعتبر جازحه سبباً قانونياً لهذه العاهة لأن الرجل العادى لو وجد فى ذات مكان الجاني ، ما كان يتوقع بحال ما أن يصنع المحنى عليه بنفسه ذلك .

وما قلناه فى صدد وجود رابطة السببية بمعناها القانونى ، يسرى كذلك فى شأن انقطاع وجودها .

فلو أن انساناً طعن آخر بمنجر فى مواطن قاتلة من جسمه طعنات من شأنها احداث الوفاة ، ونقل المحنى عليه الى المستشفى ، غير أنه فى المستشفى ألقي المحنى عليه بنفسه من شاهق فخر صريعاً ، قبل أن تصرعه جروحوه ، فإن سلوك الجارح رغم أنه كان من شأنه احداث وفاة الجريح يصبح منقطع الصلة بوفاة هذا الأخير على النحو الذى حدثت به ، لأن الرجل العادى لو وجد فى مكان الجاني ما كان يمكن أن يتوقع القاء المحنى عليه بنفسه من أعلى المستشفى .

ففكرة الرجل العادى كما هو واضح مما تقدم ، تلعب دورها سواء فى وجود رابطة السببية بمعناها القانونى بين سلوك الجاني وبين الحدث ، أو فى انقطاع هذه الرابطة .

وفوق ذلك - وهذا هو المجال الثانى لها - تؤدى تلك الفكرة وظيفة هامة فى صدد توافر الغش بمجرائم الغش .

فقد تكون جريمة الغش نصباً أو تزويراً . ومما لا شك فيه أنه يلزم لاعتبار سلوك الجاني مكوناً للغش بالمعنى المقصود فى الركن المادى لهذه الجرائم

أن يكون من شأن هذا السلوك خداع الرجل العادى المكون منه معظم الناس ،
لو أن السلوك نفسه اتخذ مع هذا الرجل .

وتطبيقاً لذلك استقر الفقه والقضاء فى إيطاليا على أنه اذا كان الزيف
فى المحرر عديم الجدية الى حد المزاح ، فاضحاً الى درجة تجعل الاصطناع
فيه بادياً للعيان فور النظرة الأولى ، لا يعتبر تغيير الحقيقة به على هذا النحو
مكوناً للجريمة تزوير (١) .

ففيما يتعلق بجرائم الكذب - حتى ولو كان شفوياً - لا يتدخل القانون
الجنائى بالجزء الا بالنسبة للأكاذيب التى تبلغ جسامتها حداً يجعلها قابلة
لأن تنطلى على الرجل العادى الذى تتكون منه غالبية الناس .

ولهذه العلة ، فان محض الكذب العارى لا يكفى لتكوين ركن الاحتيال
فى جريمة النصب ، لأن أى رجل عادى من الناس فى استطاعته أن يفتن
الى ذلك الكذب عند التمهيص الأول له على أثر ابدائه ، فان هو قصر
فى هذا التمهيص وأغفل حق نفسه عليه من الحذر واليقظة ، فلا يلومن
الا نفسه ، ولا يخف القانون الجنائى الى نجدة النائم من أمثاله ، ولا تتوافر
فى حق الفاعل الكاذب جريمة نصب (٢) .

فالكذب المكون للركن المادى فى جرائم الكذب ، يلزم فيه أن يكون
على جانب من الجدية يكفى لغزو عقيدة رجل عادى ممن يكونون أغلبية
الناس .

ومعيار الرجل العادى فى هذا المجال ، يعتد به فيما يتعلق بمستوى
الحجب عليه .

(١) Francesco Antolisei "Manuale di diritto penale" Parte speciale, Milano, (١)

وقض إيطاليا ٤ أبريل ١٩٥٠. Giustizia penale, ١٩٥٠, II, par. 133, p. 492. مؤلفنا فى القسم الخاص من قانون العقوبات - ١٩٥٨ - ص ٩٢ وما بعدها .

(٢) يرجع فى ذلك الى شرح قانون العقوبات " القسم الخاص " للميد الدكتور محمود
محمود مصطفى - طبعة ١٩٥٨ - ص ٤٤٠ ، ٤٤١ وأحكام النقض المذكورة فيه بذلك الموضوع .

وانما لهذا المعيار أهميته فيما يتعلق بمستوى الجاني كذلك ، وذلك في بعض من الحالات يعتبر بمثابة المجال الثالث الذي تلعب فيه فكرة الرجل العادي دوراً في تكوين الركن المادى .

فاذا أخذنا بالرأى القائل بالعقاب على الجريمة المستحيلة كصورة من صور الشروع في الجريمة ، أيا كان نوع الاستحالة ، وهذا هو الرأى الذى رجحته المحكمة العليا الألمانية (١) ، ومحكمة النقض المصرية (٢) ، فانه على الرغم من ذلك ، لا يصح أن يكون سلوك الفاعل بالغاً من حيث استحالة الوصول الى الهدف المقصود منه حد السذاجة .

فنحن نسلم بالرأى الموجب للعقاب حتى اذا كانت الاستحالة مطلقة ، سواء تعلقت بالموضوع أو بالوسيلة ، لأننا نعرف الشروع في الجريمة بأنه كل فعل يقطع بأن فاعله قد اجتاز المسافة المعنوية من التردد بين الاقدام والاحجام ودخل فعلاً في تنفيذ قصده الاجرائى ، وهذا التعريف ينطبق على كل سلوك كشف عن اجتياز تلك المسافة المعنوية ولو كان بدون علم من صاحبه غير صالح لانتاج الحدث الاجرائى المقصود .

وما دام ذلك الرأى مبناه - لا خطورة الفعل وانما خطورة الفاعل ، فن البديهي أنه لا يصبح هناك محل للعقاب بعقوبة الشروع حيث تنتفى في الفاعل كل خطورة ، أى حين ينتهج في سبيل تحقيق الحدث الاجرائى

(١) فقد حكمت المحكمة العليا الألمانية بتوافر الشروع في القتل بواقعة نفذ فيها الجاني سلوكه بقصد القتل على طفل ولد ميتاً ، وبتوافر الشروع في التسميم رغم استخدام مادة غير صالحة للتسميم ، والشروع في الاجهاض رغم وقوع السلوك على امرأة غير حامل ، وكذلك رغم استخدام وسيلة ليس من شأنها احداث الاجهاض . أنظر في ذلك *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen* 17, 158 - 8, 198 - 24, 382 - 1, 451.

(٢) أنظر نقض ١٣ ديسمبر ١٩١٣ (المجموعة الرسمية ص ١٥ رقم ١٨ ص ٣٩ - من شروع في التسميم رغم استخدام مادة غير ضارة) ونقض ١٦ مايو ١٩٣٢ بحاماة ص ١٣ رقم ١٠ ص ٣١ من شروع في قتل رغم استخدام بنقوية غير صالحة لإخراج المقتول .

أسلوباً يقطع كل رجل عادي بعدم جدواه في انتاج هذا الحدث ، لو أنه وجد في ذات مكان الفاعل .

فاذا لجأ شخص مثلاً الى مباشرة طقوس صحيرية بقصد احداث وفاة عدو له ، أو اذا وضع في طعام هذا العدو شراب الكينا ظناً منه أن هذا الشراب يحدث التسميم ومع العلم بأنه شراب الكينا بالذات لا شراب آخر ، فانه لا يعتبر شارعاً في القتل على أى الحالين ، لأنه على سذاجة تهبط به عن مستوى الرجل العادى وتجرده من أية خطورة تستوجب العقاب (١) .

وبذا يتضح أن الركن المادى لبعض الجرائم — حتى اذا كانت مستحيلة — لا يتحقق الا بسلوك له من الجدية ما لسلوك الرجل العادى ، بحيث اذا تجرد من هذه الجدية لا يصدق عليه نص التجريم .

وأخيراً ، فان لفكرة الرجل العادى دوراً في تحديد مدلول الاصطلاحات القانونية المستخدمة في نصوص القانون الجنائى بدون تعريف لها . فن قبيل هذه الاصطلاحات ، اصطلاح الفعل الفاضح المخل بالحياء (م ٢٧٨ ع) واصطلاح « خدش الشرف والاعتبار » (م ٣٠٦ ع) ، واصطلاح « الأمور التى لو كانت صادقة لأوجب احتقار الشخص عند أهل وطنه » (م ٣٠٢ ع) .

فليست العبرة في تحديد الفعل المخل بالحياء ، أو القول الخادش للشرف والاعتبار ، أو الأمر الموجب للاحتقار ، بعقيدة من يشكو من ذلك الفعل أو من هذا القول أو الأمر ، وانما العبرة في ذلك بعقيدة الرجل العادى لو أنه تعرض للفعل أو القول أو الأمر نفسه .

(١) وهذا ما نص عليه مشروع قانون العقوبات الموحد في المادة ٤٢ منه . فبعد أن قررت المادة عقوبة الشروع في صورة الجريمة المستحيلة ، ولو كانت الاستحالة فيها مطلقة ، استبعدت العقاب في حالة سذاجة الفاعل . وفيما يلى عبارة المادة « اذا استحال تحقق الجريمة التى قصد الفاعل ارتكابها لقصور الوسيلة أو لانعدام الموضوع وجب تطبيق أحكام الشروع عليه . ولا يعاقب الفاعل في هذه الحالة اذا أتى فعله من غير فهم » . وجاء في المذكرة التفسيرية للمادة « اذا كانت لية الفاعل ساذجة لا خطر منها على المجتمع لصورها عن عدم فهمه ، كن يستين بالسمر لقتل معتقدا أنه يصل به الى تحقيق جريمته ، فلا عقاب على الفاعل فيها » .

فقد ينسب انسان الى قول أو أمر ما ، معنى خدش الشرف والاعتبار ، أو معنى الأمر الموجب للاحتقار ، في حين أنهما لا ينطويان - حسب عقيدة الرجل العادى في المجتمع - على هذا المعنى أو ذاك ، وعندئذ لا يمكن أن تتوافر فيمن صدر منه ذلك القول أو الأمر جريمة سب أو قذف .

وفضلاً عن ذلك ، فإن عقيدة القاضى نفسه ، لا عبرة بها في تحديد معنى الاصطلاحات الواردة في النص ، أمام عقيدة الرجل العادى .

فقبلة في الطريق العام ، تعتبر طبقاً لعقيدة الرجل العادى في مصر فعلاً فاضحاً علنياً . فن تبادل هذه القبلة تتحقق من جانبها جريمة الفعل الفاضح العلنى ، ولو كان القاضى الذى يفصل في أمرهما ، بحكم معيشته السابقة في بلد أجنبى ، قد كون عن مثل فعلهما عقيدة مغايرة ، واعتقد فيه الاجازة والاطلاق .

ذلك لأن العقيدة التى تحدد للاصطلاح الوارد في النص معناه ، هى عقيدة السواد الغالب في المجتمع الذى وضع هذا النص لحكمه ، لا عقيدة القاضى الذى يطبق النص . ولما كان الرجل العادى هو الذى يكون هذا السواد الغالب ، فالعبرة اذن بعقيدته هو ، ما لم يتطور المجتمع نفسه ويسلك أغلبية الناس فيه مسلكاً مغايراً ويكونوا رأياً آخر ، فتكون العبرة عندئذ بالمسلك الجديد والرأى الجديد .

ولقد فرغنا بعد ما تقدم ذكره من علاج بعض المشاكل التى يثيرها الركن المادى في الجريمة ، وننتقل الآن الى الكلام على ركنها الثالث وهو الركن المعنوى .

(٥)

في الركن الثالث

الركن المعنوى

إذا كان الركن المادى للجريمة هو الوجه الخارجى المحسوس للسلوك المكون لها كما وصفه نص التجريم ، فإن ركنها المعنوى هو الوجه الباطنى

النفسانى لهذا السلوك . والنص هو الذى يحدد كذلك هذا الوجه الباطنى
النفسانى .

وأيا كان ذلك الوجه ، فانه بصفة عامة ، لا يتعدى انتساب السلوك
الى نفسية صاحبه . فليس بمستبعد أن يسلك الانسان بجسمه سلوكاً معيناً ،
دون أن تكون نفسه راضية بهذا السلوك . هذا ما يحدث مثلاً فى حالة الاكراه
المعنوى .

بل انه كثيراً ما يتخلف فى واقعة الحال ذلك القدر الأدنى من الارادية
اللازمة للقول حتى بأن الجسم قد سلك سلوكاً ما ، كما لو صار الجسم أداة
فى يد قوة خارجة عنه وأفلت زمامه من صاحبه ، على ما يحدث فى الامساك
بيد شخص وقهرها عنفاً على التوقيع بامضاء ، وفى القذف بجسم شخص
مادياً على جسم شخص آخر . فهنا ينعدم السلوك نفسه أصلاً ، أى يتخلف
منه لا الركن المعنوى فحسب وانما الركن المادى كذلك .

فالمقصود بالركن المعنوى اذن ، باعتباره لازماً فى الجريمة لزوم ركنها
المادى ، هو انتساب السلوك الى نفسية صاحبه . *appartenenza psicologica*
del fatto al suo autore

ومضى استقر فى الأذهان ذلك المعنى ، يكون هناك محل بعدئذ للكلام
عن صورتى الركن المعنوى وهما : القصد والاهمال ، ثم عن الأسباب
النافية لاركن المعنوى .

(١) التفرقة بين القصد والاهمال

اذا كان القصد هو تأييد الارادة لأمر ما قبل أن يقع ، فان الاهمال
هو اغفال الانتباه اللازم لمنع وقوع هذا الأمر ان كان محظوراً أو لمنع تخلفه
ان كان واجباً (على التولى ، جريمة الحدث المحظور ، وجريمة الحدث
المتخلف) .

وبينما العنصر الجوهري في النشاط النفساني المفضى الى القصد ، هو ملكة الارادة ، فان العنصر الجوهري في النشاط النفساني المفضى الى الاهمال ، هو ملكة الانتباه (١) .

وبينما الحكمة من تقرير العقاب على الجريمة العمدية ، هي منع الانسان من تعمد ايداء غيره ، فان الحكمة من تقريره على الجريمة غير العمدية ، هي منع الانسان من عدم الاكتراث بغيره .

فن حق انسان أن يسلك كافة المسالك الكفيلة بتحقيق مصالحه المشروعة ، ولما عليه أن يتجنب في هذه المسالك نية الحاق أذى اجرامى بغيره ، وعليه كذلك أن يتوخى اليقظة اللازمة لصون صوالح الغير من الأذى ، وذلك أثناء وجوده في عمرة السعي وراء صالحه الذاتي .

والمفروض في الرجل العادى الذى لا يجرم ، لا عمدا ، ولا إهمالا ، أن ملكة الارادة لديه لاتتعدد على نية اجرامية ، وأن ملكة الانتباه عنده دائمة اليقظة لا تقطعها أثناء الاحتكاك بمجال الآخرين نوبة من الغفلة .

والقانون بتوقيعه العقاب على مرتكب جريمة عمدية انما يحتمل متمردا على أن يتأدب ، وبتوقيعه العقاب على مرتكب جريمة غير عمدية انما يحتمل غافلا على أن ينتبه .

على أن التفرقة بين العمد وبين الإهمال تجد مجالها الرئيسى في جرائم الجلدت ، أى في الجرائم التى يتطلب القانون في ركنها المادى وقوع تغيير معين في العلم المادى أو النفسى . ففي هذه الجرائم على الأخص يحق التساؤل عما اذا كان تحقيق ذلك التغيير ناتجا عن تعمد أو عن اهمال .

(١) يرجع في تحديد الملكات النفسية الى مؤلفنا في علم الاجرام - الجزء الأول - ١٩٦١ - ص ٣٩ وما بعدها .

هذا اذا كان تغييراً محظوراً . فان كان تغييراً واجباً (جريمة الحدث المتخلف) ، يحق التساؤل كذلك عما اذا كان إغفال تحقيقه ناتجاً هو الآخر - باعتباره اغفالا - من عمد أو من اهمال .

أما جرائم السلوك المحرد فالأمر فيها يتطلب تفصيلاً تبعاً لما اذا كان السلوك المكون لها ايجابياً أم سلبياً .

فان كان ايجابياً فلا محل فيه لأية تفرقة بين العمد وبين الإهمال لأن مجرد اتخاذ دليل في ذاته على انصراف الإرادة إليه أى على كونه مقصودا . وسبق أن ضربنا أمثلة لجرائم السلوك الإيجابي المحرد بجريمة الفعل الفاضح وجريمة الرشوة وجريمة احراز السلاح بدون ترخيص .

على أنه كثيراً ما تكون جريمة السلوك المحرد محلاً للتفرقة بين العمد وبين الإهمال ، حين يدخل في عناصر السلوك المكون لها عنصر العلم بأمر ما وارتضاءه رغم العلم به ، لأنه حيث يتخلف هذا العلم يفتى القصد ولا يبقى مجال بعدئذ إلا للإهمال .

فجريمة إخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة - وهذه جريمة سلوك ايجابي محرد يتم بمحض حيازة هذه الأشياء - يلزم فيها العلم بمصدر الأشياء نفسها وبكونها متحصلة من جريمة . فحيث يتخلف هذا العلم لا تتوافر الجريمة في صورتها العمدية رغم الحيازة ، وان كان يبقى محل للبحث فيما اذا كان الحائز قد أغفل الانتباه الواجب في التحرى عن مصدر الأشياء ، الأمر الذى لا يقيم له القانون الجنائى اعتباراً ، لعدم تجريم السلوك في الصورة غير العمدية منه .

وجريمة الشهادة الزور ، جريمة سلوك ايجابي محرد يتم بمحض التخبير بعد حلف اليمين بأمر كاذب لا نصيب له من الصحة ، وانما يلزم فيها العلم بكذب هذا الأمر ، فاذا تخلف هذا العلم بأن باح الشاهد بأمر كاذب معتقداً أنه صادق ، وذلك لنقص في ملكة وعيه أو ملكة انتباهه وقت مشاهدته

للأمر موضوع الشهادة ولما جبل عليه غالبية الناس من ميل آلى أعمى نحو
تكلمة مواضع القصص أو النسيان في رواية الوقائع بأمر من صنع الخيال
يتفادون بها الظهور بمظهر عدم المعرفة ، فانه في هذه الحالة ينتفى القصد ،
ويبقى بعدئذ محل للبحث فيما إذا كان الادلاء بالأمر الكاذب راجعاً الى إغفال
الانتباه الواجب في تحرى الصديق ، الأمر الذى لا يعتد به القانون الجنائى
لعدم تجريم الصورة غير العمدية من شهادة الزور .

ذلك عن جريمة السلوك الايجابى المجرى .

أما إذا كان السلوك المكون للجريمة سلوكاً سلبياً مجرداً ، أى يعنى
القانون في شأنه لا بما تحقق منه فعلاً وانما بما أغفل تحقيقه وكان يجب أن
يحدث ، فيوجد فيه محل للترقة بين ما اذا كان الواجب اتخاذه قد أغفل
عمداً أم أغفل إهمالاً . وهذه تفرقة تسمح بها طبيعة الأمور بصرف النظر عما
إذا كان القانون يقيمها فعلاً أولاً يعنى باقامتها في التجريم .

يخلص مما تقدم أن أهم مجال للترقة بين العمد وبين الإهمال ، هو
مجال جرائم الحدث لا جرائم السلوك ، سواء أكان الحدث — حسب ما
يتطلبه القانون — شيئاً أو غير شيء ، وسواء أكان الحدث السبب ، ضرراً
أو كان خطراً (أى تغييراً في العالم المادى ينشئ منه وقوع الضرر) .

بعد هذه المقدمة عن مجال التفرقة بين العمد والإهمال ، نتكلم الآن
عن معيار التفرقة بينهما ، متخذين من جرائم الحدث بالذات ، ومن جرائم
الحدث السبب ، ميداناً لإيضاح هذا المعيار المميز بينهما وبيان ماهية كل منهما .

والواقع أن العمد والإهمال يتفقان في وجه مشترك بينهما وهو ارادية
السلوك الذى أفضى الى الحدث .

ويتفقان كذلك في أن كلا منهما يفترض وجود صلة السببية بين ذلك
السلوك وبين الحدث الذى ترتب عليه .

ففى هذين الأمرين يختلط العمد بالإهمال .

أما فيصل التفرقة بينهما فيظهر من وجهين نفسيين .

الوجه الأول هو أن تحقيق الحدث يكون الباعث المحرك للسلوك في حالة العمد ، بينما لا يكون كذلك في حالة الإهمال .

والوجه الثاني يتعلق بدرجة توقع الرجل العادى للحدث لو أنه كان في ذات مكان صاحب السلوك . فإذا كان من شأن الرجل العادى أن يتوقع الحدث على أنه أكيد الوقوع ، بأن كانت جميع العوامل المتضافرة مع السلوك ميسرة لوقوعه ، أو كان من شأنه أن يتوقع الحدث على أنه قوى الاحتمال ، بأن كانت العوامل الميسرة لوقوع الحدث بلاغية على العوامل الحائلة دون تحققه ، كنا في صدد حدث مقصود .

ولا محل للاستعانة بالوجه الثاني إلا حيث لا تكفى الاستعانة بالوجه الأول - ويكون ذلك في المجال الذى يقع فيه حدث لم يكن تحقيقه هو الباعث المحرك للسلوك ، أى في المجال الذى يتحدث فيه الشراح عما يسمى بالقصد الاحتمالى (١) . ومن قبيل الأمثلة على ذلك اغراق باخرة - بدافع الحصول على مبلغ التأمين عليها لا بدافع قتل ركابها ، فيموت مع ذلك بعض ركابها غرقاً ، أو دفن قبلة في ميدان فسيح بدافع لقاء الرعب لا بدافع القتل ، فيموت بفعل شظاياها عند انفجارها بعض المارة في ذلك الميدان . فلأن الحدث هنا مما يتوقمه الرجل العادى على أنه أكيد الوقوع أو قوى الاحتمال ، يعتبر - رغم أنه ليس الباعث المحرك للسلوك ، حدثاً مقصوداً ، فيسأل مغرق الباخرة عن قتل عمد كما يسأل عن قتل عمد من دفن القبلة .

وهنا نلمس مرة أخرى - وفي مجال الركن المعنوى - الدور الذى تؤديه فكرة الرجل العادى في التفرقة بين الحدث الواقع بناء على عمد وبين الحدث الواقع بناء على إهمال .

(١) يرجع في نقد هذه التسمية الى بحثنا الخاص " بفكرة القصد وفكرة النقص والغاية " السابق أن أشرنا اليه .

أما اذا وقع الحدث في ظروف لم يكن فيها هو الباعث المحرك لسلوك الفاعل ، كما لم يكن من شأن الرجل العادى في هذه الظروف أن يتوقع ذلك الحدث على أنه أكيد الوقوع أو قوى الاحتمال ، فلا يعزى الحدث عندئذ الى عمد من جانب الفاعل ، وانما يعزى الى اهمال وعدم احتياط .

والمقصود بذلك أن يكون وقوع الحدث محتملا مجرد احتمال أو محتملا احتمالا ضعيفاً . فالاحتمال الضعيف ، معناه وجود قدر من العوامل الميسرة لوقوع الحدث يطنى عليه مع ذلك قدر العوامل الحائلة دونه ، في حين أن الاحتمال المحرود معناه تساوى العوامل الميسرة لوقوع الحدث مع العوامل العائقة له (١) .

وقد قلنا أن رابطة السببية يلزم لتوافرها قانوناً، بين السلوك وبين الحدث، أن يكون السلوك متضمناً بالاضافة الى العوامل السابقة والمعاصرة واللاحقة احتمال وقوع هذا الحدث . فالاحتمال — ولو كان ضعيفاً — لا مجرد الامكان هو الذى يحقق رابطة السببية . وهو الذى يحقق في الوقت ذاته على ما بينا الآن ، احدى صورتى الركن المعنوى وهى صورة الاهمال من جانب صاحب السلوك .

(١) ضربنا في مؤلفنا عن القسم الخاص في قانون العقوبات مثالا لاحتمال وقوع الحدث ، بكون زيد يضع السم في طعام بكر ، فيقتاوله عمرو الذى يؤاكل بكر ا يعلم من زيد في نفس الطبق يوماً دون يوم ، أو الذى يؤاكله يعلم من زيد في بعض أيام الأسبوع ، أو الذى أكل مع بكر عرضاً بدون علم زيد وتوقعه (ففي الحالتين الأخيرتين يكون احتمال تسم عمرو ضعيفاً ، ومع ذلك تتحقق بهذا الاحتمال التضعيف رابطة السببية — كما في الحالة الأولى — بين فعل زيد وبين الحدث الواقع لعمرو ، فإن كان هذا الحدث موتاً يسأل زيد عن قتل عمرو خطأ في الحالات الثلاثة ، بالاضافة الى مسؤوليته عن قتل بكر أو الشروع في قتله عمداً) — أما اذا كان زيد يعلم أن عمرو يأكل مع بكر في نفس الطبق دائماً ، فإن احتمال تسم عمرو يصبح في هذه الحالة قوياً وان كان لا يصل الى درجة اليقين الأكيد لإمكان مخالفة عمرو لمادته مصادقة وعدم اشتراكه في الأكل مع بكر من طبق الطعام المسموم . ومع ذلك فإنه في هذه الحالة من الاحتمال القوي اذا تسم عمرو بالفعل ، يكون زيد مسؤولاً عن قتل عمرو عمداً .

أما إذا كان احتمال وقوع الحدث قوياً ، أو كان وقوع الحدث بريقاً
أكيداً لا احتمالاً قوياً فحسب ، فلا يقف الأمر بالحدث عند اعتباره وليد
إهمال ، وإنما يصبح حدثاً مقصوداً .

وبخلص مما تقدم ، أن ماهية القصد كحقيقة نفسية هي أن يكون الحدث
الواقع نتيجة لسلوك ما ، محل تأييد من ارادة صاحب هذا السلوك ، بالإضافة
الى وجود رابطة السببية بينه وبين السلوك نفسه .

ويكون الحدث كذلك ، أى يكون محل تأييد من ارادة الفاعل ،
إذا كان تحقيقه هو بالذات الباعث المحرك لسلوك الفاعل ، أو إذا كان وقوعه
كنتيجة لهذا السلوك أمراً من شأن الرجل العادى أن يتوقعه على أنه أكيد
أو فى القليل قوى الاحتمال .

أما ماهية الإهمال كحقيقة نفسية ، فلا تختلف عن رابطة السببية نفسها
بين السلوك وبين الحدث الواقع ، ولا يدخل فيها — خلافاً لما رأينا فى ماهية
القصد — أى عنصر يضاف الى تلك الرابطة . فوجود رابطة السببية ، معناه
أن سلوك الفاعل كان يتضمن بالإضافة الى العوامل السابقة والمعاصرة
واللاحقة التى فى وسع الرجل العادى أن يقلدها ، احتمال ترتب الحدث
عليه كنتيجة له ، ولو كان هذا الاحتمال ضعيفاً ، أى ولو كانت العوامل
الحائلة دون وقوع الحدث تبدو فى نظر الرجل العادى طاغية على العوامل
الميسرة لوقوعه . فيكفى أن يتوافر فى نظر الرجل العادى — لو وجد مكان
الفاعل — قدر ذو شأن من العوامل الميسرة لوقوع الحدث ، كى تقوم
رابطة السببية بين هذا الحدث اذا ما وقع بالفعل ، وبين السلوك الذى أفضى
الى وقوعه .

وهذا القدر ذو الشأن من العوامل الميسرة لوقوع الحدث ، كما يكفى
لاعتبار سلوك الفاعل سبباً قانونياً للحدث نفسه ، يكفى كذلك لاعتبار
سلوك هذا الفاعل سلبياً من ناحية أنه خلا من جانب تخلف فيه وكان يجب
أن يتحقق وهو العمل على تفادى وقوع الحدث .

ومادام الأمر كذلك ، فإن اعتبار سلوك الانسان سبباً قانونياً لحدث ما من الأحداث السيئة ، يكفي في ذاته دون حاجة الى أى عنصر زائد يضاف اليه ، لاعتبار ذلك الانسان مهملًا ، من ناحية أنه لم يحرص على تفادي وقوع ذلك الحدث رغم أن وقوعه كان محتملاً ، فوقع الحدث بالفعل .

ومنى استقر أن ماهية الإهمال كحقيقة نفسية ، لا تتعدى رابطة السببية بمعناها القانوني بين سلوك الفاعل وبين الحدث الواقع ، خلافاً للقصد الذى تتطلب ماهيته فوق هذه الرابطة عنصراً اضافياً ، فانه يحق لنا بعدئذ الكلام عن مزيد من الأمور اللازم ايضاحها كى يكون الجوهر النفساني للإهمال مفهوماً .

فقد سبق أن قلنا ان كل جريمة غير عمدية ، هى دائماً جريمة سلبية ، بينما العكس غير صحيح ، أى ليست كل جريمة سلبية جريمة غير عمدية ، لأنها قد تكون عمدية .

فالسلك المهمل ، هو على الدوام سلوك سلبى ، بمعنى أن محل التشريب فيه جانب تخلف منه وكان يجب أن يتحقق .

وفى هذا الجانب المتخلف من السلوك ، ينحصر معنى السلبية ، ويتمثل بالتالى معنى الإهمال .

واذا كان السلوك المهمل ، ارادياً ، من ناحية الشق الذى حدث منه بالفعل ، اذ لايد فى كل سلوك أن يكون ارادياً قبل اعتباره اجرامياً ، فانه يحق لنا التساؤل عما اذا كان من اللازم أن يكون ارادياً كذلك الشق الذى تخلف من السلوك وكان يجب أن يتحقق ، أى هل يلزم أن يكون الفاعل قد شاء وتعمد اغفال هذا الشق المتخلف .

فقد قررنا أن الحدث الناتج من السلوك المهمل ليس ارادياً ، وأن هذا السلوك فى ذاته ارادى من ناحية ما حدث منه فعلاً ، ولكن هل يلزم أن يكون ارادياً أيضاً ذلك الجانب الذى تخلف فيه وكان يجب أن يتحقق ؟

هل يلزم بعبارة أخرى أن يكون الخمول أو الهبوط في ملكة الانتباه ارادياً ؟

جوابنا على هذا السؤال ، أنه وإن كان يحدث عملاً وفي كثير من الأحيان أن يكون خمول ملكة الانتباه ارادياً ، وذلك حين يتوقع الفاعل الحدث المحظور ولا يعمل على منعه رغم هذا التوقع (أو حين يتوقع تخلفه ولا يعمل على تحقيقه رغم أنه واجب الوقوع) ، فإنه ليس من اللازم في جميع الحالات أن يكون ذلك الخمول ارادياً . فقد لا تكون الإرادة انصرفت إليه أصلاً ، كما إذا غط الحارس المكلف بمراقبة الممر الواقع على السكة الحديدية في نوم عميق ، إذ لا يلزم أن يكون قد قصد هذا النوم ^(١) ، وكما إذا استمر سائق سيارة يقودها طيلة النهار حتى أصيب من جراء ذلك بارهاق وإعياء ، فارتكب بها حادث اصطدام راجع إلى ما ترتب على حالة الاجهاد لديه من خمود في ملكة الانتباه . ففي هاتين الحالتين لم يكن الشئ المتخلف في السلوك وهو اعمال ملكة الانتباه ، راجعاً إلى كون الفاعل قد تعمد اغفاله ، ويسمى الإهمال في هذه الحالة بالإهمال غير الواعي *colpa incosciente*

ومادام الأمر كذلك ، فإنه لا يدخل في معنى الإهمال كحقيقة نفسية ، أن يتعمد الفاعل اغفال الجانب الذي تخلف في السلوك وكان يجب أن يتحقق ^(٢).

وإذا كان صحيحاً أنه بقرار ارادي يمكن للإنسان أن يوجع في نفسه ملكة الانتباه كلما خمدت شعلتها ، فإنه ليس صحيحاً العكس ، أي ليس صحيحاً أن كل خمود في ملكة الانتباه راجع إلى قرار ارادي . فقد يرجع إلى خلل في الجانب الذهني أو الجانب الشعوري من شخصية الفاعل ^(٣) .

(١) فهو لم يقصد أن ينام في اللحظة التي كان عليه فيها أن يضع إشارات مرور القطار لتبها لمن هم بالسبيل إلى عبور الممر ، وإن كان قد قصد النشاط السابق على النوم أي النشاط الذي سبب له التعب وقصد كذلك الجلوس كجزء من هذا النشاط يساعد هو الآخر على مجيء النوم
actio libera in causa

Grispigni — op. cit. vol. II, p. 40 e 41. (٢)

Grispigni — loc. cit. (٣)

فإرادة اغفال السلوك الواجب ، ليست لازمة في تحقيق معنى الإهمال
بالإضافة الى إرادة السلوك الواقع (١) .

ذلك لأن إرادة السلوك الواقع رغم أنه مخالف للسلوك الواجب ، تكفى
في تحديد ماهية الإهمال دون حاجة الى أن تتوافر فوق ذلك إرادة السلوك
الواجب .

غاية الأمر ، اذا ما توافرت لدى الفاعل كلتا الإرادتين ، بمعنى
أنه لم يرد السلوك الواقع فحسب رغم مخالفته للسلوك الواجب ، وإنما أراد
كذلك اغفال هذا السلوك الواجب ، فانه يكون أخطر في تحقيق الإهمال
من آخر لم تنصرف إرادته الى غير السلوك الواقع ، وذلك لأنه رغم توقعه
للحدث الضار ، أراد التفاضى عن منعه وشاء عدم استحداث ملكة الانتباه
في سبيل تفاديه .

وهذا الإهمال المصحوب بإرادة اغفال السلوك الواجب أى المقترن بتوقع
الفاعل للحدث الضار ، هو الذى يسمى بالإهمال الواعى *colpa cosciente*

ورغم أن الإهمال الواعى أشد جسامه من الإهمال غير الواعى ،
وأنه مستوجب بالتالى لعقوبة أشد ، فانه ليس معنى الوعى فيه أنه قصد ،
لأن إرادة اغفال السلوك الواجب في سبيل منع حدث ما ، ليس معناها
بالضرورة انعقاد النية على تحقيق هذا الحدث أو انصراف الإرادة الى انتاجه ،
ما لم يكن من شأن ظروف الحال أن تجعل وقوع الحدث - في نظر الرجل
العادى - أكيداً أو قوى الاحتمال لا محتملاً فحسب ، وعندئذ فقط يتحول
الإهمال الى قصد كما قلنا .

(١) وما هو واجب بالنسبة للسلوك الواجب هو إغفال إرادته لا إرادة اغفاله ، بمعنى
أن إرادة اغفاله ليست لازمة لتكوين الجوهر النفسى لمريمة الإهمال ، وإنما يكفى في هذا الجوهر
إغفال إرادته . فإغفال نية الاكتراث هو جوهر الإهمال ، وليست لازمة في هذا الجوهر نية عدم
الاكتراث ، وان كان توافرها كما سنرى ظرفاً مشدداً يحول الإهمال غير الواعى الى إهمال واع .

ويخلص من كل ما تقدم ، أنه بيننا القصد في جوهره النفسى هو ارادة السلوك المحظور واردة ما أفضى اليه هذا السلوك من حدث محظور ، فان الاهمال هو ارادة سلوك مختلف عن السلوك الذى كان في واقعة الحال واجباً ، بدون ارادة للحدث الذى أفضى اليه ذلك السلوك المختلف تبعاً لهذا الاختلاف فيه عن السلوك الواجب .

ويذكرنا لما سلف بيانه ، نكون قد فرغنا من الحديث عن كل من القصد والاهمال بوصفهما صورتى الركن المعنوى للجريمة ، سواء من حيث مجال التفرقة بينهما ، أو من حيث فيصل هذه التفرقة ، أو من حيث الماهية النفسانية لكل منهما .

وكل منهما احدى طريقتين تنتسب بهما الجريمة الى نفسية مرتكبها ، فليس هذا الانتساب فيها سوى ركنها المعنوى .

(ب) فى الأسباب النافية للركن المعنوى

متى كان الركن المعنوى فى الجريمة هو انتسابها الى نفسية فاعلها ، فان السبب الذى ينفى هذا الركن هو كل أمر من شأنه أن يجعل الجريمة غير منسوبة الى نفسية ذلك الفاعل ولو كان لجسمه دخل فى وقوعها .

وأول سبب من هذا القبيل هو الاكراه المعنوى . فهذا الاكراه عنف منصب على نفسية المكروه لا على جسمه ومن ثم سمي بالاكراه المعنوى تمييزاً له عن الاكراه المادى المنصب على جسم المكروه .

ومن قبيل هذا الاكراه المعنوى ، أن يهجم اللصوص على حارس خاص لمنزل غاب صاحبه ويشهرون نحوه مسلحاتهم قائلين له « اما نفسك واما مال مخدومك » ، فبأى لهم بهذا المال مستخدماً فى ذلك جسمه وان كانت نفسه بذلك غير راضية . فالحارس هنا لم يحقق من جريمة السرقة غير ركنها المادى دون ركنها المعنوى .

وهناك أسباب تنفى الركن المعنوى لأنها نفت قبله حتى الركن المادى ،
وهى الاكراه المادى ، والقوة القاهرة ، والحادث الفجائى .

فالاكراه المادى هم العنف الموجه الى جسم المكره والذى يحققه مثلاً
القفز بجسمه على جسم غيره فيموت هذا الغير مثلاً بعد وقوعه بارتجاج
فى المخ من جراء سقوطه على الأرض . فالمكره هنا قد تخلف من جانبه
لا الركن المعنوى فى القتل عمداً كان أم خطأ فحسب ، وإنما الركن المادى
كذلك لأنه لم يسلك جثماً ذلك السلوك الارادى المنتج للقتل ، وإنما كان
جسمه فى انتاج القتل أداة فى يد المكره .

والقوة القاهرة ، قوة من قوى الطبيعة تحقق الحدث الذى من شأنه
أن يكون جريمة لو وقع على يد انسان . فاذا ما هبت ريح صرصرية
فاقتلعت حاملاً كان عليه مصباح مضىء يئبه المارة الى وجود حفرة
فى الطريق وتحطم هذا المصباح وانطفأ ضوءه ، فوقع أحد المارة فى الحفرة
أثناء الظلام وأصيب ، فان اصابة هذا المار لا تعزى الى نفسية حافر الحفرة
باعتبارها راجعة الى اهمال منه فى تنبيه المارة الى وجود الحفرة ، وإنما ترجع
الى فعل الريح التى أزالته هذا التنبيه بعد أن كان حافر الحفرة قد أقامه ،
وبالتالى نفت لا الركن المعنوى فى جريمة الاصابة باهمال فحسب وإنما الركن
المادى كذلك (١) .

ولو أن مزارعاً كان على سفح جبل فى أوروبا الشمالية ، فهبت عاصفة
ثلجية صحرية جرفت جسمه فى طريقها وألقت به على آخر كان يزرع فى طبقة
دنيا من السفح ، مات هذا الآخر ، فانها فى هذه الحالة تنفى فى حق المزارع
الذى قذف بها لا الركن المعنوى فى القتل فحسب وإنما الركن المادى كذلك .

والحادث الفجائى ، هو فى رأينا فعل الغير فى الحالات التى لا يتخذ فيها
هذا الفعل صورة الاكراه . فلو أن سائقاً قاد سيارته فى طريق رئيسى عام

(١) فالركن المادى فى جريمة الاصابة باهمال فى ذلك المثال هو عدم وضع مصباح منبه
رغم وجود حفرة . وعدم وضع المصباح فى الواقعة محل المثال راجع الى فعل الريح لا الى فعل
حافر الحفرة .

ثم فاجأته من طريق جانبي على التمين سيارة خرجت بغتة من هذا الطريق
وصدمته فأصيب سائقها ، فانه لا تعزى هذه الاصابة لا الى نفسه
ولا الى سلوكه الجثائي ، لأنها حدثت مادياً ونفسانياً بفعل من الغير يعتبر
في هذه الحالة حادثاً فجائياً وهو فعل السائق المصاب .

* * *

وقد بقي علينا — بعد ما تقدم ذكره — أن نتحدث عن ثلاثة عوامل
هي حالة الضرورة ، وحالة السكر ، وافتعال الجريمة بمجهود مختبر امتحن
فاعلها فاجتاز هذا امتحانه راسباً ، لييان مدى تأثير هذه العوامل الثلاثة
في نفي الركن المعنوي للجريمة .

حالة الضرورة :

ليست حالة الضرورة اكراهاً ، لسبب غاية في البساطة وهو أنها ليست
عنفاً . فلا هي عنف منسوب على جسم من يوجد فيها ، ولا هي عنف منسوب
على نفسه . فلا هي اكراه مادي ولا هي اكراه معنوي ، لأنه لا اكراه
حيث لا يوجد عنف .

وهي في حقيقتها وضع مادي من الأمور يحمل الانسان على الاجرام
استجابة لنوازع الحرص على الكيان والبقاء ، سواء لصالح نفسه أو لصالح
غيره .

هذا الوضع المادي للأمور قد يكون مصدره فعل الطبيعة وقد يكون
مصدره فعل انسان .

فيكون مصدره فعل الطبيعة حين تنزل صاعقة من الجو على مسكن
مصنوع من مادة قابلة للاحتراق ، فتشرب الحريق في هذا المسكن بينما سكانه
نائمون فيه وصاحبه في الخارج ، واذا يقطن صاحب المسكن الى ذلك يهجم
على المساكن المجاورة ويختطف منها أشياء ومواد يستعين بها على اطفاء النار
في مسكنه انقاذاً لحياة من هم بداخله . فهو هنا ارتكب في حق الجيران

جرائم سرقة أو جرائم ائتلاف بينا السكان المحيى عليهم فى هذه الجرائم أبرياء .
وهو قد فعل ذلك صوتاً لكيان غيره وبقائه لا صوتاً لكيانه وبقائه الذاتى .
والمفروض أنه لم يكن فى الوسع درء الخطر عن سكان المسكن بوسيلة أخرى
غير تلك التى لجأ إليها صاحب المسكن ، والا فلا يصدق على الوسيلة المتبعة
أنها كانت ضرورية .

وقد لا يكون فاعل الجريمة - كما فى هذا المثال - محافظاً بها على كيان
غيره ، وإنما قد يكون محافظاً بها على كيان نفسه . فإذا وجد صائدان
فى قارب يحمر حباب البحر ، وهبت عاصفة أثارت أمواج البحر فصارت
تلتطم صاخبة ، ولم يكن بد فى سبيل أن يتخذ كل من الصائدين نفسه
من أن يلقي بالآخر فى اليم تخفيفاً لحمل القارب وانقاذاً له من الغوص
والغرق ، فألقى الأقوى منهما بالأضعف فى اليم ، انقاذاً لحياته الشخصية ،
فان فاعل القتل هنا لجأ اليه صوتاً لكيانه الذاتى لا لكيان الغير . ومصدر حالة
الضرورة هنا - كما هو واضح - هو فعل الطبيعة أيضاً .

على أن الوضع المادى للأمر ، المكون لحالة الضرورة ، قد يكون
مصدره كما قلنا ، فعل انسان لا فعل الطبيعة .

ويكفى تمثيلاً على ذلك أن نتصور فى المثال السابق ذكره عن الحريق ،
أن النار شبت فى المسكن بفعل إنسان وضعها عمداً أو تسبب فى اشتعالها
إحمالاً . وفى فرض كهذا لا تختلط حالة الضرورة بحالة الدفاع الشرعى .
فإنه إذا كان صحيحاً أن الحالتين فى هذا الفرض يتفقان فى كون مصدر الخطر
فعلاً أثمياً لاتسان ، فإنهما تختلفان من ناحية أن الجريمة الواقعة درءاً لهذا الخطر
تصيب فى حالة الضرورة انساناً بريئاً - هو فى المثال المذكور جار المسكن
المشتعلة فيه النار - فى حين أنها فى حالة الدفاع تصيب الإنسان المعتدى نفسه
صاحب الفعل الأثم الذى صدر منه الخطر . فلو تصورنا أن الجار الذى
اختطف من منزله الأشياء والمواد المستخدمة فى اطفاء الحريق هو بعينه
الفاعل الذى أشعل الحريق ، فعندئذ تعتبر الجريمة الواقعة عليه وليدة الدفاع
الشرعى لا وليدة الضرورة .

فن البديهي أن الدفاع الشرعى يعتبر قائماً ، لا عند منع ضرر اجرامى قبل وقوعه فحسب ، وانما فى حالة أخرى كذلك هى منع استفحال هذا الضرر بعد أن يقع .

ويطلب لنا بهذه المناسبة أن نوضح المقصود بالشروط اللازمة فى سبيل توافر جريمة الضرورة وامتناع العقاب عليها ، وهى شرط الخطر الجسيم على النفس ، وشرط حلول هذا الخطر ، وشرط عدم إرادة الخطر من جانب فاعل الجريمة ، وشرط عدم استطاعة دفع الخطر بوسيلة أخرى غير الجريمة المرتكبة (يثبت هذه الشروط المادة ٦١ من قانون العقوبات) .

فالشرط الأول وهو شرط وجود خطر جسيم على النفس ، معناه من جهة أن يكون الخطر مهدداً للنفس لا المال ، ومن جهة أخرى أن يكون هذا الخطر المهدد للنفس جسيماً .

أما أن الخطر يجب أن يهدد النفس لا المال فى سبيل اعتبار الجريمة المرتكبة ضرورية ، فيرجع تطلب ذلك فيه الى كون هذه الجريمة واقعة على شخص برئء ضحيته مصلحة فى سبيل مصلحة فاعل الجريمة ، وإذا كان لهذه التضحية مبررها حين يكون فاعل الجريمة مهدداً فى نفسه ، لأن النفس جديرة بالفداء ولو بتضحية حتى للغير ، فلا يبقى لها مبرر حين يكون فاعل الجريمة مهدداً فى ماله ، لأنه لا معنى لأن يستساخ فى سبيل صون هذا المال ، الاعتداء على حتى الغير البرئء .

وهذا ما جاء فى التقرير الوزارى لمشروع قانون العقوبات الايطالى الحالى (١) تفسيراً لكون مجال الإعفاء من العقاب على جريمة الضرورة قصر على تلك الجريمة المرتكبة لضرورة وقاية النفس ، سواء أكانت النفس

Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, I, p. 97. (١)

المصونة بها هي نفس فاعل الجريمة أو نفس غيره ، لا الجريمة المرتكبة
لضرورة وقاية المال (١) .

والمراد بالنفس هنا ، شخصية الانسان المهدد بالخطر سواء في الشق
الجسماني منها أو في الشق النفساني .

هذا من جهة .

ومن جهة أخرى ، فإن الجريمة المبررة بحالة الضرورة ، يلزم لتبريرها
أن يكون الخطر الذي دفعته عن النفس ، جسيماً ، والا فأنها تظل — لا سيما
لوقوعها على برىء — محلاً للمقاب .

والخطر على النفس لا يكون جسيماً الا حين يثير لدى الانسان الخشية
من انهيار كيانه ، سواء أكان هذا الكيان مادياً أو أدبياً .

(١) بمناسبة أن وقاية المال لا تبرر جريمة الضرورة ، يقرر الأستاذ الدكتور السعيد
مصطفى السعيد في ص ٤٢١ من المرجع السابق أن «هذا المبدأ يبدو سليماً اذا كان الفعل المرتكب
لوقاية المال قد وقع اعتداء على نفس الغير ، لحرمة النفس وعدم التكافؤ بينها وبين المال مهما مز ،
ولكنه يبدو غير مقبول حيث يكون واقفاً على مال في سبيل صيانة مال وخصوصاً
اذا كان هذا أهل قيمة » .

وبصرف النظر عن صعوبة القطع بأن مالا ما أهل قيمة من مال آخر ، وهذه مسألة تتوقف
على التقدير الشخصي الذي يقدر به كل مالك ماله ، فإن الأخذ بذلك الرأي يقتضى على كل حال
وضع الضوابط الكفيلة بضادى إساءة استخدام التملل بالضرورة في وقاية المال بالجريمة .

أما أن تشب النار في طرف مزرعة ، ويحتاج الأمر الى ائتلاف بعض الأشجار ونزعها لحصر
النيران في مكانها وقاية لباقي المزرعة ، فهذا مباح دون حاجة الى التمسك بحالة الضرورة ،
على أساس عمل الفضول بوصفه استخداماً لحق نيابة عن صاحبه ، وبناء على الإرادة الضمنية
لصاحب الحق وهو هنا مالك المزرعة .

وجاء في موجز القانون الجنائي للأستاذ الدكتور علي راشد أن «من الأمثلة التي تساق عادة
لايضاح هذا الفرض حالة ما إذا أوشك مركب تجارى كبير يحمل بالبضائع على الغرق في عرض
البحر ، وتمكن البحارة جميعهم من النجاة في قوارب معدة لذلك أو بوسائل أخرى ، ولم يبق
عرضة للهلاك إلا المركب وما عليه من البضائع ، وكان في اسكان الربان أن ينقله وبعض
جولته لو أنه قذف في البحر بجانب فقط من هذه الحمولة » طبعة ١٩٥٥ - - - فقرة ٤٤٢ -
ص ٤٤٩

فخطر المساس بالكيان دون تهديد له بالانهيار ، لا يعتبر خطراً جسيماً .
وخطر حرمان الانسان من إشباع حاجة غريزية ما ، سواء أكان مصدر
هذه الحاجة هو غريزة الاقتناء أو كان مصدرها الغريزة الجنسية ، لا يعتبر
جسيماً ما دام لا يترتب على ترك تلك الحاجة بدون إشباع تهديد كيان صاحبها
بالانهيار . وبناء على ذلك ، لا يكون للزوجة التي أصيب زوجها بالعدوى ،
أن توقع رجلاً غيره بمقولة إن زناها عندئذ استوجبت حالة ضرورة (١).

على أن جسامته الخطر ليست أمراً مطلقاً يقدر بمقياس مادي بحث ،
وانما هي أمر نسبي لتدخل في تقديره عقيدة فاعل الجريمة نفسه . فاذا سرقت
امرأة شيئاً ما ، وهي حامل ، كى تشبع في نفسها حاجة الى هذا الشيء
تحركت في نفسها عند رؤيتها له ، وكان ذلك بدافع الخشية على كيان الجنين
المستكن في بطنها والخوف من أن ينجى تكوينه ناقصاً لو أنها تركت
تلك الحاجة دون إشباع ، فان على القاضي أن يحكم ببراءتها اذا ما ثبت لديه
أن تلك المرأة كان لديها ذلك الاعتقاد فعلاً وقت السرقة (٢).

أما اذا سرق انسان مبلغاً من النقود بدافع قضاء فترة للنقاها بدار
للاستشفاء بعد مرض ألم به ، فهذه السرقة لا تعتبر واقعة في حالة ضرورة ،
لأنها لم ترتكب دوماً لخطر جسيم (٣) . ومن يسرق طعاماً ليدفع عن نفسه
غائلة جوع ، لا يرتكب جريمة ضرورة اما لأن الخطر الذي كان يهدده
لم يكن جسيماً ، واما لأنه مع جسامته الخطر كان في وسعه أن يلجأ بوسيلة
أقل جسامته كأن يستجدي الغذاء مثلاً .

(١) Manzini, "Diritto penale italiano", II, 1950 — p. 391. واذا سرق رجل

زوج حذاء خشية أن يصاب بأذى من جراء الحذاء ، لا تعتبر جريمتها واقعة في حالة ضرورة ،
اما لأن الضرر الذي كان يخشاه لم يكن جسيماً أى مهدداً لكيانه بالانهيار ، واما لأنه كان في وسعه
أن يلجأ لخطر بوسيلة أخرى أهون من السرقة كأن يستجدي حذاء .

(٢) Manzini — المرجع السابق — ص ٣٩٢

(٣) Manzini — المرجع السابق — ص ٣٨٩ — هامش ٣

ولأن هذا الخيال يقام فيه وزن — على ما قررنا — لمقيدة الفاعل دون اقتصار على الواقع المادى للأمر ، فانه يحق التساؤل فيه — كما فى الدفـاع الشرعى — عن أثر الخطر فى تبرير الجريمة اذا كان وهماً قائماً فى خيلة الفاعل دون أن يكون له من الواقع نصيب .

وقد سبق أن قلنا بمناسبة كلامنا عن الاباحة التصورية ان السبب المبيح يرفع عن الفعل صفة الجريمة حتى اذا اعتقد الفاعل وجوده حالة كونه فى الحقيقة متخلفاً ، وذلك متى كان هذا الاعتقاد مبنياً على أسباب معقولة ، أى متى كان من شأن الرجل العادى أن يكونه لو وجد فى ذات ظروف الحال .

فما قلناه فى صدد السبب المبيح ، يصدق كذلك على حالة الضرورة ، كما اذا قتل شخص كلباً يعوى وراءه بدافع درء خطر الإصابة منه بمرض الكلب ، فى حين أن الكلب لم يكن من الكلاب التى تسبب ذلك المرض ، وكما اذا قاومت امرأة رجل السلطة العامة حين دعاها للتعرف على جثة يرجع أن تكون لقربها متصورة أن من شأن ذلك أن يلحق ضرراً جسدياً بالجنين المستكن فى بطنها .

أما اذا لم توجد أسباب معقولة للاعتقاد بوجود خطر جسيم على النفس ، أى اذا لم يكن من شأن الاعتقاد أن يكونه رجل عادى فى الظروف نفسها ، فيسأل الشخص عن الجريمة حسب الأصل ، وبوصفها جريمة عمدية ، على حسب رأى الحديث فى الفقه الألمانى ، لأن الفاعل تعتمد على كل حال كلا من السلوك ومن الحدث الاجرائى^(١) . أما المادة ٥٩ من قانون العقوبات

(١) يرجع فى ذلك الى مؤلفنا بالاطالية عن عدم المشروعية الجنائية طبقاً لآخر تطورات الفقه الألمانى L'antigiuridicità nella più recente dottrina penalistica tedesca الاسكندرية ١٩٥٥ - ص ٦٥ وما بعدها .

ويثور الاشكال نفسه اذا كان الخطر الوهمى فى جريمة الدفاع غير مستمد من أسباب معقولة . فالرأى الحديث فى الفقه الألمانى يعتبر الجريمة الواقعة فى هذه الحالة عمدية مع تخفيف العقوبة ، أما المادة ٥٩ من قانون العقوبات الايطالى فتعتبرها غير عمدية اذا كان القانون يحرم الحدث حتى اذا كان غير متعمد . وسبق أن ذكر ذلك .

الايطالى ، فتلقى على الفاعل تبعة جريمة غير عمدية ، اذا كان القانون يجعل من الحدث جريمة ولو كان غير متعمد .

وبلاحظ على القانون المصرى - كما قلنا - أنه لا يحتوى نصا عاما يجعل لأسباب الإباحة أو امتناع العقاب أثر رفع المسؤولية الجنائية ولو كانت أسبابا وهمية الاعتقاد بوجودها مبنى رغم وهميتها على أسباب معقولة . فذلك النص العام له وجود فى القانون الايطالى فى المادة ٥٩ منه ، ولا يوجد له فى القانون المصرى نظير الا فى حالتين فرديتين هما حالة الدفاع الشرعى وحالة تجاوز الموظف حدود واجبه . وقد ذكرنا أن محكمة النقض المصرية جعلت من الحكم الوارد فى هاتين الحالتين الفرديتين مبدأ عاما (١) .

ذلك عن الشرط الأول الخاص بوجود خطر على النفس من جهة ، وجسم من جهة أخرى (٢) .

أما الشرط الثانى وهو حلول الخطر ، فعناه أن يكون ذلك الخطر منلراً بضرر وشيك الوقوع . ذلك لأنه اذا لم يكن الضرر المائل خطره وشيكا ، وكانت توجد فسحة من الوقت تسمح باتخاذ اللازم لدفعه ، فلا يكون فى تلك الحالة ثمة مبرر للاعتداء على حق الغير البرىء .

وحلول الخطر ، لا يلزم أن يكون أمراً واقعاً ، وانما يكفى أن يكون كذلك فى تخيلة الفاعل ، بأن يعتقد هذا بناء على أسباب معقولة أن الضرر الجسيم المخوف نزوله بالنفس وشيك ، حتى ولو لم يقع هذا الضرر بالفعل ،

(١) سبق أن أشرنا الى أن حالة الضرورة تثير ذات المشكلة التى يثيرها السبب المبيح فيها يتعلق بالجريمة التصورية أيضا أى الاعتقاد بتخلف حالة الضرورة رغم وجودها .

(٢) ويقرر الأستاذ الدكتور السيد مصطفى السيد - يحق - أن الخطر الجسيم على النفس فى حالة الضرورة يشمل الخطر الجسيم على الشرف والاعتبار ، وضرب المثل الآتى : " لو أن شخصاً وجد على واجهة محل تصوير صورة لخلل ظهرت فيه امرأة صديق له فى وضع غير لائق يهدد سمعتها وحياتها الزوجية فزق الصورة ، فإنه لا يعاقب " - المرجع السابق -

أى حق اذا تبين أنه في الحقيقة والواقع لم يكن وشيك الوقوع . وهنا أيضاً تلعب فكرة الرجل العادى والأسباب المعقولة دورها .

ومن قبيل ذلك أن يأخذ شخص في عبور أحد الأنهار سباحة ، فتفاجئه عاصفة تصطبخب بسببها مياه النهر مهددة اياه بالغرق ، فيلوذ بجذيرة في وسط النهر عليها كوخ مملوك لغيره ، ويخيل اليه أن مياه النهر ترتفع بسبب العاصفة وتهدهد بالطفيان على الجزيرة واكتساح الكوخ ومن فيه ، فينزح من الكوخ أحواداً وأخشاباً ويصنع منها قارباً ليستعين به على العبور عند الطوفان متلقاً بذلك الكوخ ، غير أن الطوفان المرتقب لا يحدث . ففي هذه الحالة تعتبر جريمة اتلاف مال الغير واقعة في حالة ضرورة ، رغم أن الفيضان الذى تصور الفاعل أنه وشيك الوقوع لم يتحقق فعلاً (١) .

وشرط عدم ارادة الخطر من جانب فاعل الجريمة ، معناه أن يكون الخطر المنذر بالضرر الجسيم على النفس ، غير ناشئ من ارادة هذا الفاعل . والعبرة في ذلك بالخطر في ذاته لا بالسلوك الذى أفضى الى إجباره .

فالفاعل الذى يشعل النار في مسرح عمداً ، فيلدب ديبب الذعر بين رواده ويندفعون في سرعة نحو باب الخروج ، فيضطروا الى سحق واحد منهم واحداث عاهة به أثناء السعى الى شق طريق النجاة لنفسه ، ليس له أن يتعلل بحالة الضرورة في سبيل تبرير جريمته ، لأنه هو الذى أوجد باراته الخطر الذى أفضى الى هذه الجريمة .

وقائد السيارة الذى يلحظ آخر يريد أن يسبقه ، فيصر على أن يكون هو السابق بأى ثمن ، ويضاعف من سرعة السيارة واذ يحس بأن سيارة القائد الآخر على وشك أن تصطدم بسيارته ، ينحرف الى اليمين فجأة لتفادى التصادم ، فيرتطم بأحد المارة ويقتله ، ليس له أن يتمسك بحالة الضرورة ،

(١) Manzini - المرجع السابق ص ٣٩٣

لأن الجريمة التي وقعت منه وهى القتل الخطأ ارتكبت للرد ضرر جسيم على نفسه هو الذي أوجد بإرادته خطر وقوعه .

أما الشخص الذى يتسبب بإهماله وعدم احتياطة فى اشتعال النار بأحد للالهى ، وفى زحمة تدافع الناس نحو الخارج يحدث بأحدهم إصابة بالغة بينما يشق لنفسه طريق النجاة ، له أن يتمسك بحالة الضرورة ليتخلص من المسؤولية عن جريمته ، لأنه وإن كان قد أراد السلوك المشوب بالإهمال والذى أفضى الى اشتعال النار ، لم يرد اشتعالها أى لم يرد حالة الخطر ، والعبرة فى نفي الدفع بحالة الضرورة ، إنما هى بارادة حالة الخطر نفسها — كما قلنا — ولا تكفى ارادة السلوك المفضى اليها (١) .

والمحول عليه فى كل ذلك هو ارادة فاعل جريمة الضرورة بصرف النظر عن أية ارادة أخرى لشخص غيره . فاذا ارتكب لصان سرقة من منزل ما ، وخرج أحدهما من هذا المنزل ، غير أن الآخر بدون اتفاق مع زميله أشعل النار فى المنزل وحصرته النيران ، فهم زميله الذى خرج بانقاذه وارتكب فى سبيل هذا الانقاذ جريمة ، فيكون لهذا الأخير أن يتمسك بحالة الضرورة ، لأن اشعال النار ولو أنه كان متعمداً ممن أشعلها ، لم يكن راجعاً الى ارادته هو (٢) .

أما الشرط الرابع والأخير فى حالة الضرورة فهو شرط عدم استطاعة دفع الخطر بوسيلة أخرى غير الجريمة المرتكبة .

وهذا الشرط يتضمن معنى لزوم تلك الجريمة من جهة ، وتناسبها مع الضرر الذى كان يخشى وقوعه من جهة أخرى .

(١) Manzini — المرجع السابق — ص ٣٩٥ ، ٣٩٦ — فى نفس المعنى : Chéron et Badawi "Nouveau Code Pénal égyptien annoté" t. 1, 1939 - n. 16, p. 297 — المسؤولية الجنائية للأستاذ الدكتور مصطفى القللى ص ٤١٨ — "الأحكام العامة" للأستاذ الدكتور السيد مصطفى السيد — ص ٤٢٥

(٢) أنظر فى هذا المعنى Manzini — المرجع السابق ص ٣٩٨

ولزوم الجريمة أمر نسبي هو الآخر لا مطلق ، بمعنى أنه يرجع فيه كذلك الى التقدير الشخصي لفاعل الجريمة والى كونه مطابقاً لتقدير الرجل العادى لو وجد في ذات الظروف . والمقصود به ألا يكون من الممكن تفادى الجريمة في واقعة الحال تبعاً لاستحالة الالتجاء الى وسيلة بريئة . والأمر يستظهره القاضى في كل قضية على حدها . وبناء على ذلك ، لو أن عاملاً انحسرت يده اليسرى بين أجزاء آلة دائرة وصار على وشك أن يجتذب الآلة كل جسمه وتقطع أوصاله بدورانها ، فسارع عامل زميل له بقطع يده ، وسارع آخر بنفسه قطب الموتور المحرك للآلة ، فانه تعتبر جريمة كل من هذين العاملين واقعة في حالة ضرورة^(١) ، جريمة قطع اليد ، وجريمة اتلاف موتور الآلة ، ولا يمكن القول بأن احدهما كانت تغنى عن الأخرى رغم أن واقع الحال كان كذلك ، لأن أى رجل عادى لو وجد مكان أى واحد من العاملين المذكورين لما كان يتوانى عن اتيان الجريمة التى وقعت منه وبالصورة التى نفذت بها^(٢) .

وعلى هدى المعيار نفسه ، يتحدد كذلك معنى التناسب بين الجريمة وبين الضرر الذى أرتكبت درءاً له . فالعبرة في ذلك ليست بواقع الأمور وحده ، وإنما بتقدير الرجل العادى لو وجد في ذات مكان الفاعل . فالشخص الذى يجهد نفسه مهدداً بسقوط أصابعه تجمداً من جراء الصقيع وانخفاض درجة الحرارة ، فينزح كتاباً أثرياً قيمياً يستعين به في اشغال النار

(١) Manzini - المرجع السابق - ص ٣٩٢

(٢) ويهند الفقه المصرى في ذلك ، هو الآخر ، بحالة الجاني الشخصية وظروفه وقت الجريمة : شيرون وبدي - المرجع السابق رقم ١٧ ص ٢٩٧ " والأحكام العامة " للأستاذ الدكتور السيد مصطفى - ص ٤٢٦

ويضرب الأستاذ الدكتور على راشد مثلاً على توافر المسؤولية تبعاً لامكان اتباع وسيلة أخرى غير الجريمة بقوله : " كما لو كان بوسع من يشاهد مريضاً يعاني آلاماً مبرحة في الطريق العام أن ينقله بعربته إلى مستشفى قريب لاسمائه بدلاً من إجراء جراحته له وهولاً يملك ذلك . المرجع السابق فقرة ٤٤٥ ص ٤٥٣ " .

والحصول على الدفء اذ لم يكن أمامه ورق سوى هذا الكتاب ، يعتبر اتلافه للكتاب جريمة واقعة في حالة ضرورة مهما كان رأى صاحب الكتاب أو غيره حول قيمة الكتاب المحروق وكونها تفوق بأضعاف قيمة أصابع الشخص الذى أحرقه (١) .

ولكن ما الحكم لو حدث اختلال بشرط التناسب ، أى لو استخدم الفاعل وسيلة إجرامية أشد ، وكان في وسعه أن يلجأ الضرر المخوف وقوعه بوسيلة إجرامية أخف كانت توجد هي الأخرى في متناول يديه ؟

الواقع أن الاختلال بشرط التناسب ، لم يعالجه المشرع المصرى الا في حالة خاصة هي حالة الدفاع الشرعى ، اذ وضع لهذه الحالة المادة ٢٥١ من قانون العقوبات ، الخاصة بتجاوز حدود الدفاع .

وحق في هذه المادة ، لم يبين المشرع المصرى ما اذا كانت الجريمة المتجاوزة لحدود الدفاع عمدية في نظره أم غير عمدية ، ولو أنه قرر لها عقوبة أخف من تلك التى تستحق عنها أصلا .

أما المشرع الايطالى ، فقد عالج الاختلال بشرط التناسب في نص عام لا يقتصر حكمه على الدفاع الشرعى وإنما يشمل كذلك حالة استخدام الحق وحالة أداء الواجب وحالة الضرورة ، وهو نص المادة ٥٥ . ويقزر هذا النص على عائق فاعل الجريمة المخلة بشرط التناسب في حالة الضرورة ، مسؤولية عن جريمة غير عمدية ، اذا كان القانون يجعل من الحدث الواقع جريمة ولو كان غير متعمد . وشرط ذلك ألا يكون قد حدث تعدد لحالة الضرورة من حيث حدها المعنوى أى قصد مواجهة الضرورة ، وأن يكون التعدد حادثاً في الحد المادى وحده أى في نطاق الوسيلة المستخدمة للردء الخطر المخوف . أما اذا حدث التجاوز بقصد آخر يختلف عن قصد مواجهة الضرورة ، فتعتبر الجريمة الحادثة جريمة عمدية (٢) .

(١) Manzini - المرجع السابق - ص ٤٠٥

(٢) Manzini - المرجع السابق - ص ٤٠٤

أما الرأى الحديث فى الفقه الألمانى ، فيذهب الى اعتبار الجريمة المخلة بشرط التناسب فى حالة الضرورة ، جريمة عمدية فى كل الأحوال ، لأن الفاعل قد تعتمد كلا من السلوك والحدث المكونين لها ولو أنه تخفف للفاعل عقوبته بسبب حسن نيته (١) .

ذلك هو تحديدنا لشروط جريمة الضرورة ومعنى كل شرط من هذه الشروط .

ولما كانت جريمة الضرورة تصيب بأذاها انسانا بريئا لم يقع منه ما يستوجب نزول هذا الأذى به ، فقد جعلت المادة ١٦٨ من القانون المدنى لهذا الانسان أن يطلب تعويض الضرر الذى حاق به (أسوة بالمادة ٢٠٤٥ من القانون المدنى الايطالى) . والذى يدفع هذا التعويض هو فاعل جريمة الضرورة . فان كانت الجريمة قد ارتكبها فاعلها ليدراً ضرراً كان مهدداً لغيره لا مهدداً له شخصياً ، فيكون له بعد دفع التعويض أن يرجع بقيمته على الشخص الذى ارتكبت الجريمة لصالحه ، عملاً بقواعد الفضالة المقررة فى القانون المدنى (م ١٩٥) .

ولقد آن لنا بعد ما تقدم بيانه ، البت فى طبيعة حالة الضرورة أى فى تكييفها القانونى .

وفى سبيل ذلك نقول ان حالة الضرورة ليست سيئاً مبيحاً للجريمة . ذلك لأن السبب المبيح هو ذلك الذى يرفع عن السلوك صفة الجريمة ، ويثبت له كذلك صفة السلوك المشروع أيضاً فى نظر كافة فروع القانون أياً كانت لافى نظر القانون الجنائى وحده ، وقد رأينا أن حالة الضرورة لا يترتب عليها ذلك الأثر ، لأنها اذا استبعدت الجزاء الجنائى ، لاتعفى فاعل جريمة الضرورة من الجزاء المدنى وهو دفع تعويض لمن أصابه ضرر هذه الجريمة .

(١) يرجع فى ذلك الى مؤلفنا السالف ذكره باللغة الايطالية حول عدم المشروعية الجنائية طبقاً لآخر تطورات الفقه الألمانى والى الموضوع السابق بيانه .

وليس ارتكاب جريمة الضرورة حقاً لمن يوجد في حالة الضرورة ،
والا لما كان يستتبع الجزاء المثلث .

وليست حالة الضرورة على ما بينا اكرهاً ، لأن فاعل جريمة الضرورة
لا يباشر أحد ما عفا لا على جسمه ولا على نفسه ليدفع به الى ارتكاب
الجريمة . فهو انما يرتكبها لا جبنياً فحسب وانما نفسانياً كذلك ، بمعنى
أن الجريمة فعله لا من الناحية المادية وحدها ، وانما من الناحية النفسية
أيضاً . ويبدو ذلك على وجه خاص حين ترتكب جريمة الضرورة انفاذاً
لغير لا للنفس . فعالة الضرورة اذن لا تجرد الجريمة المرتكبة من ركنها المعنوي .

وما دام الأمر كذلك ، فان التكييف القانوني الصحيح لحالة الضرورة ،
انها رخصة مشروعة تسوغ للشخص ارتكاب جريمة بدون أن يتحمل عنها
جزاء جنائياً ، أى أنها من أسباب الاعفاء من المسؤولية الجنائية (١) .

حالة السكر :

تنص المادة ٦٢ من قانون العقوبات المصري على أنه « لا عقاب
على من يكون فاقد الشعور أو الاختيار في عمله وقت ارتكاب الفعل -
لغيبوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة أيا كان نوعها اذا أخذها قهراً عنه أو على غير
علم منه بها » .

ولا يتسع المجال هنا لايراد مختلف الآراء الفقهية والقضائية في مصر
وفرنسا حول حالة السكر وتأثيرها على المسؤولية . فنحيل في هذا الصدد
الى من سبقونا فيه (٢) .

(١) وبنسبى أنه لا يبق محل هذه الرخصة حيث يكون على الفاعل التزام قانوني بمجاورة
الخطر وعدم اتّهرّب منه ، كما هو الحال بالنسبة لقطبان السفينة المهتدة بالفرق وبجارتها ،
بالنسبة لالتزامهم لنفاذ ركاب السفينة .

(٢) الأستاذ الدكتور السيد مصطفى السيد « الأحكام العامة في قانون العقوبات » - ١٩٥٧
ص ٤٤٥ وما بعدها - والأستاذ الدكتور محمود مصطفى « شرح قانون العقوبات - القسم العام »
١٩٦٠ - ١٩٦١ - ص ٣٨٧ وما بعدها .

وانما يعني أن توجه النظر الى الصياغة غير الموفقة التي وضعت بها المادة ٦٢ من قانون العقوبات . فهذه المادة تتحدث عن شخص فاقد للشعور والاختيار ، وتنسب اليه في الوقت نفسه أنه ارتكب فعلاً . فكيف يتأتى له ارتكاب فعل ما وهو على شعور واختيار معدومين ؟ مثل هذا الشخص الذي يرتكب جريمة رغم أنه بلغ من الثمالة حد فقدان الشعور والاختيار كلية ، يقول عنه الأستاذ الإيطالي Battaglini انه لم يسبق أن رآه أحد في قصص الاحكام (١) .

والواقع أننا لا نتصور اتيان جريمة في حالة فقدان تام للشعور والاختيار ، الا اذا كانت هذه الجريمة قولية في صورة قذف مثلاً ، اذ يمكن أن تنفوه التائم بالفاظ القذف رغم غيبوبته ورغم عدم انصراف ارادته الى التنفوه بهذه الألفاظ .

ويمكن كذلك أن يتم وقاع جنسى في حالة فقدان كلى للشعور والاختيار .

وفي هذا المجال الضيق الذي يمكن أن تحدث فيه أنواع معينة من الوقائع رغم انعدام الشعور أو الاختيار ، يتحقق من الفعل ركنه المادى بدون ركنه المعنوى . فيكون القذف في الصورة الأولى راجعاً الى فم القاذف دون أن تكون نفسيته قد أرادت ، أى لا يتحقق منه سوى ركنه المادى . ويكون الزنا في الصورة الثانية يفرض أن للرجل الذى وقع أو المرأة التى ووقعت ، صفة الزوجية ، محققاً من معنى الخيانة الزوجية المكونة لجوهر جريمة الزنا ركنها المادى بدون ركنها النفسانى .

وفي مثل تلك الأحوال ، يعتبر فقدان الشعور والاختيار بسبب مادة مسكرة أو مخدرة نافياً للركن المعنوى في الجريمة المرتكبة فتكون فعل فاعلها جثائياً دون أن تكون فعل فاعلها نفسانياً ، وتنقض كل مسؤولية عنها ، ما لم يكن القصد من تعاطي المسكر أو المخدر هو الوصول الى تلك الحالة

(١) Battaglini "Diritto penale", parte generale, 1940, p. 155.

الميسرة لارتكاب الجريمة ، فيعتبر البدء في تعاطيها لهذا الغرض كافيا لأن يتحقق في الجريمة ركنها المعنوي ، رغم أن الركن المادي فيها سيقع بعد زوال الشعور والاختيار . وهذا ما يعبر عنه بالسلوك الاختياري في منشئه
actio libera in causa

بل ان القانون الايطالي يجعل من السكر في مثل هذا الفرض الآخر ظرفا مشددا لعقوبة الجريمة المرتكبة (الفقرة الثانية من المادة ٩٢ من قانون العقوبات الايطالي) .

ذلك عن فقدان الشعور والاختيار ونوع الأفعال المتصور أن تقع أثناءه .

فان لم يكن الفعل من قبيل ما تقدم ، بأن كان ضربا أو جرحا أو قتلا أو سرقة ، فان إثباته من انسان ما ولو كان سكرانا ، يدل في ذاته ولذا انه على أن هذا الانسان كان عند اثبات الفعل متمتعا — رغم سكره — بالشعور والاختيار . ومعنى ذلك أن جرمته يتحقق منها لا ركنها المادي وحده وانما ركنها النفساني كذلك ، فتكون فعل السكران جناية ونفسانيا (١) .

غاية الأمر ، اذا تبين أن السكر رغم ابقائه على الشعور والاختيار أنقصهما ، وهذا يتوقف على ظروف كل حالة ، وحساسية كل شخص بمفعول الخمر وهي تختلف باختلاف الأفراد ، يصح أن يعتبر ذلك ظرفا قضائيا مخففا للعقاب ، ما لم يكن القصد من احتساء الخمر هو تيسر ارتكاب الجريمة التي وقعت ، فيكون ذلك على العكس ظرفا مشددا لا مخففا .

ومفاد ذلك ، أنه من الناحية القانونية ، تعتبر مسؤولية السكران عن جرمته كاملة كما لو كانت قد وقعت منه في حالة صحو . وكل ما يترتب على السكر أن يجعل ظرفا قضائيا مخففا أو ظرفا قانونيا مشددا على التفصيل السالف بيانه .

(١) ويستوى في ذلك أن تكون الجريمة عدية أو أن تكون غير عدية كقتل خطأ يرتكبه سائق سيارة سكران . ويجوز أن يقع السكران في غلط حول الوقائع ينشأ لديه القصد الجنائي كالغلط الذي يقع فيه الشخص في حالة الصحو سواء بسواء ، كما اذا أخذ سكران مطلقا للغير فلنا منه أنه معطفه هو . فهنا لا يتوافر القصد الجنائي في جريمة السرقة .

هذا هو الواجب أن يكون بصرف النظر عن التشريع الكائن .

والواقع أن تأثير الخمر على نفسية محتسبها ، أمر يتوقف تحديده على الحقائق الواقعية وعلى علم وظائف الأعضاء . ولن يكون حكم القانون الجنائي في صدد شاربها سديدا ، اذا لم يدخل في تقديره تلك الحقائق الواقعية والعلمية .

وسبق أن بينا في موضع آخر ^(١) أثر الخمر على نفسية شاربها ، فقلنا انها توقف فيه غرائزه الأساسية الأصلية وتنوم لديه غرائزه الثانوية السامية ان كان له من الترية والصقل نصيب .

فان لم يكن لنفسه نصيب من الترية أى كان حظها من الغرائز الثانوية السامية معلوما ، فان انحداره الى الجريمة واقع بدون حاجة الى الخمر ، ويقع من باب أولى اذا احتسب ولو قدر آضئلا منها .

أما ان كان نصيب نفسه من الغرائز الثانوية السامية قائما ، وكان في الوقت ذاته متعادلا مع غرائزه الأساسية الأصلية المتوافرة في كل انسان ، فان من شأن الخمر أن تيسر انقطاع هذا التعادل بين نوعي الغرائز ، وأن تسهل بالتالى طغيان الغرائز الأصلية على الغرائز الثانوية المهدبة . فالمانع من الجريمة سواء أكان هو الخشية من العقاب أو كان الضمير الصالح الناتج من الترية ، يبدأ في الغوص والاختفاء ، فتتطوق على السطح الغرائز الأساسية وتظهر في الميدان بمفردها بغير ما قناع أو حجاب ، ومن ثم يطفى الدافع الى الجريمة على المانع منها .

فالخمر على هذا النحو تبدد البقية الباقية من القوة النفسية الحافظة دون وقوع الجرائم ، ما لم يكن نصيب شاربها من الغرائز الثانوية السامية قويا راسخا في تكوين شخصيته بحيث لا يخشى أن ينام ولا أن تطفى عليه الغرائز الأصلية حتى مع احتساء الخمر ، فلا يكون في شربها أى ضرر حيثئلا ،

(١) يرجع في ذلك الى مؤلفنا في علم الإجرام .

بل قد يكون فيه نفع يتمثل في قرض شعر أو انتاج فكرى أو فنى فذ ما كان يتأتى في حالة الصحو ، لأنه وليد الاشتغال في ملكة الخيال .

ولما كان وضع قاعدة عامة تحظر الخمر كلية ، يتنافى مع الآثار النافعة التى يمكن للخمر أن تحققها والمفروض في أغلبية الناس أن أفرادها على نصيب من الفرائث الثانوية المهذبة راسخ في تكوين شخصيتهم ، وكانت حساسية الأفراد للتأثر بالخمر مختلف باختلافهم ، فانه يكفى القول - كما قلنا - بأن وقوع جريمة في حالة سكر لا يجعل المسؤولية عنها تختلف عما اذا كانت الجريمة قد وقعت في حالة صحو . بل انه اذا قصد بالخمر تيسير وقوع الجريمة فيعتبر السكر في هذه الحالة ظرفا مشددا للعقاب . أما اذا لم يكن القصد من السكر هو الاجرام ، فان فاعل الجريمة يصح أن يعتبر سكره ظرفا قضائيا مخففا للمسؤولية عنها ، لأنه بالرغم من أن السكر غلب لديه الدافع الى الجريمة على المانع منها ، الا أن ارادته لم تكن منصرفة على كل حال الى هذا التقلب .

وعلى هدى ما تقدم ، نستطيع أن نقرر أن حالة السكر ليست من الأسباب النافية للركن المعنوى في الجريمة ما لم تكن قد بلغت حد اعدام الشعور والاختيار . وحتى عند فقدان الكلى للشعور والاختيار ، لا يترتب عليها انعدام المسؤولية في جرائم خاصة يتصور وقوعها مع ذلك فقدان ، اذا كان فاعلها قد تعمد اعدام الشعور والاختيار لديه تيسيرا لارتكابها ، اذ يعتبر الركن المعنوى لهذه الجرائم قد تحقق فور توافر هذا التعمد .

حالة مفتعل الجريمة : agente provocatore

مفتعل الجريمة اتما هو ممتحن لفاعلها يقصد اختبار هذا الفاعل ليضبطه متلبسا بها ، فرسب هذا الأخير في الاختيار ويرتكب الجريمة بالفعل وبذا يضبط في الحالة التى كان الممتحن يتوقعها .

واقتمال الجريمة بهذا المعنى ، يختلف عن اعداد العدة لضبطها في حالة التلبس ، لأنه محرم محظور في حين أن هذا الاعداد لازم واجب .

ولكى يتجلى الفرق بين الأمرين ، نبدأ أولاً بالحديث عن اعداد العدة لضبط الجريمة في حالة التلبس .

هذا الاعداد ، يختلف عن افتعال الجريمة ، في كونه لم يدفع فاعل الجريمة الى ارتكابها ، وإنما اقتصر على تسجيل ارتكاب هذا الأخير للجريمة من تلقاء نفسه .

فن قبيل الاعداد لضبط الجريمة أن ترسل مصلحة البريد نقودا في خطاب موجه الى شخص خيالي لا وجود له ، فيفرض أحد عمال البريد هذا الخطاب ويستولى على النقود المودعة به ويضبط متلبسا بهذه الجريمة (١) ، أو أن يترأى الى علم البوليس أن أحد سائقى سيارات الأجرة يتلاعب في العداد المسجل فيها للأجرة المستحقة عن المسافة المقطوعة ، فيركب هذه السيارة مخفيا شخصيته ويضبط سائقها متلبسا بهذا التلاعب (٢) ، أو أن يخفى أحد رجال البوليس شخصيته ويذهب للتعامل مع مروج للنقود المزيفة ، فيسلمه هذا فعلا بعض النقد المزيف (٣) ، أو أن يكلف ضابط البوليس شخصا بشراء سلعة مسعرة من تاجر ما ، فيذهب ذلك الشخص الى هذا التاجر ، ويعطيه هذه السلعة بأكثر من سعرها الجبرى (٤) ، أو أن يكلف مأمور الضبط القضائي أحد المرشدين بشراء مادة مخدرة من عطار ثم يضبط العطار وهو يقدم بإرادته المادة الى المرشد (٥) .

وواضح في كل هذه الأمثلة ، أن الجريمة قد ارتكبتها فاعلها تلقائيا ولم يفعل ضابطها سوى تسجيل هذا الارتكاب لها .

(١) اعتبرت الواقعة جريمة اختلاس في حكم محكمة النقض الإيطالية Cass. 20 febbraio 1940 - Rivista penale, 1940, Massimario, 357.

(٢) Munzini - المرجع السابق - الجزء الأول ص ٥٣٧ ، ٥٣٨

(٣) نقض ايطالي ٢٥ أكتوبر ١٩٢٦ - Giustizia penale, 1927, 1124

(٤) نقض ايطالي ١٩ أبريل ١٩١٨ - المجلة السالف ذكرها عدد ٩١ رقم ٢٦٢

(٥) قضت محكمة النقض المصرية بأن هذا لا يعد تعريضا على الجريمة من جانب البوليس وإنما من الأعمال الخائفة للكشف عن الجريمة - أول يناير ١٩٥١ مجموعة أحكام محكمة النقض ص ٢ رقم ١٧٤ ص ٤٦٢

ولهذا السبب فان اعداد العدة لضبطها ليس جائزا فحسب وانما هو واجب أيضا .

ويمكن القول بأن هذا المبدأ مطلق في كافة جرائم السلوك المجرّد وفي كافة جرائم الحدث غير السيء .

أما في جرائم الحدث السيء سواء أكان حدثا ضارا كما في جريمة القتل (م ٢٣٠ ع) ، أو حدثا خطرا كما في جريمة تعريض سلامة وسائل النقل العامة البرية أو المائية أو الجوية للخطر (م ١٦٧ ع) ، فان تركها تقع بحجة ضبطها في حالة التلبس لا يعتبر من جانب مأمور الضبط غير جائز فحسب ، وانما يعتبر مساهمة منه في وقوعها تستوجب مسؤوليته الجنائية .

ذلك لأن رجل السلطة العامة حين يعلم أن جريمة حدث ضار أو حدث خطر على وشك الوقوع ، فلا يتخذ اللازم لمنعها قبل أن تقع ، ويعتمد ترك فاعلها يباشر السلوك المفضى إليها حتى تحدث بالفعل ، بحجة أنه كان يريد ضبطه متلبسا ، انما يعتبر مساهما مع فاعل الجريمة بسلوك سلبي ، أى بسلوك مخالف للسلوك الواجب على عاتقه في واقعة الحال ، والاحجام عن منع حدث ضار أو خطر حالة وجود الالتزام القانوني بمنعه ، يقوم في نظر القانون مقام تسببه . ومن جهة أخرى ، يتوافر في المساهمة عندئذ حتى الركن المعنوي فيها ، ولا يشفع لمأمور الضبط التعلل بأن باعته على موقفه هو ضبط الجاني متلبسا ، لأنه متى توافرت الجريمة بركبتها المادى والمعنوى في سلوك ما ، لا يكون الباعث على ارتكابها ذا بال بعد ذلك في رفع المسؤولية عنها .

ذلك عن اعداد العدة لضبط الجريمة في حالة التلبس . أما عن افتعال الجريمة فله شأن آخر .

ذلك لأنه اذا كان من واجبات رجل السلطة العامة أن يضبط جريمة وقعت من فاعلها تلقائيا ، فانه ليس من واجباته أن يحمل فاعل الجريمة على ارتكابها في حين أنه لو ترك هذا الأخير وشأنه ما تكان يرتكب الجريمة من تلقاء نفسه . فهو في هذه الحالة يعتبر محرّضا على ارتكاب الجريمة شأنه

في ذلك شأن أى محرض عادى من آحاد الناس . ولا يشفع له في دفع المسؤولية عنه وفي اعتباره شريكا في الجريمة بالتحريض لو أنها وقعت ، قوله ان باعته على التحريض كان ضبط فاعل الجريمة وهى في حالة التلبس . فالباعث لا يدرأ المسؤولية الجنائية عن مرتكب الجريمة متى تحققت بركنها المعنوي والمادى . ويصلق في ذلك الأستاذ الايطالى الكبير مانتسني حين يقرر أنه من البغى ومنافاة العقل أنه في سبيل مكافحة الاجرام يصبح مباحا لرجل الضبط أن يجرم

Sarebbe antiguridico e assurdo ammettere che, per combattere la delinquenza ,sia lecito delinquere. (١)

وهذا المبدأ مطلق عام في سريانه على كافة أحوال الجريمة أيا كان نوع الجريمة ، وسواء أكانت جريمة سلوك مجرد أو جريمة حدث غير سيىء ، أو جريمة حدث سيىء ضررا كان هذا الحدث أم خطرا .

فلو أن موظفا طلب الى صاحب مصلحة أن يعطيه رشوة ، بدافع ضبط هذا الأخير وهو يقدم الرشوة له ، يعتبر مرتكبا لجناية الرشوة لأن القانون يكفى في تقرير وجودها بمحض أن يطلب الموظف المقابل ، وقد طلبه في هذا المثال بالفعل (جريمة سلوك مجرد) . ويستوى في الطلب أن يكون صريحا أو ضمنيا .

وفي حكم قديم لحكمة النقض الايطالية ، قضى بتأييد عقاب أحد رجال البوليس على فعل فاضح علنى مع مومس ، رغم أنه هو الذى أبلغ بهذا الفعل ونسب الى المومس أنها أخرجت قضيبه من سرواله وأمسكت به في الطريق العام ، وقرر أنه كان يفي بتيسيره ذلك لما ضبطها متلبسة (٢) .

ولو أن أحد رجال الضبط حرض شخصا على قتل آخر يعلم أنه هو عدو هذا الشخص ، وكان ذلك بقصد ضبط الشخص متلبسا بالقتل

(١) Manzini - المرجع السابق - الجزء الثانى - ص ١٣٠

(٢) مانتسني - المرجع السابق - في الموضع السابق - ص ١٣٠ - هامش ١

أو بالشروع فيه ، وأطلق المحرض النار فعلا على عنوه فصرعه أو لم يحكم الرماية ولم يصبه ، ثم قبض عليه رجل الضبط المحرض ، فإن هذا الأخير يعتبر في القرض الأول شريكا بالتحريض في قتل عمد ، ويعتبر في القرض الثاني شريكا بالتحريض في شروع في قتل . فإن أوقف المحرض عن إطلاق النار بعد أن كان هذا قد صوب سلاحه ، فإن الأصل أن المحرض يعتبر شارعا في القتل على صورة جريمة موقوفة ، وأن يعتبر محرضه شريكا معه كذلك في هذه الجريمة الموقوفة ، لولا أن العدول الاختياري يرفع عن الشارع عقوبة الشروع ، ومن ثم فهو يرفعها هنا عن عاتق رجل الضبط المحرض لأنه هو الذي يعتبر بمنه الفاعل من المضي في التنفيذ عادلا اختيارا عن تحقيق الهدف الاجرائي المحرض عليه^(١) .

بعد ما تقدم ، لا يبقى سوى التساؤل عما إذا كان افتعال الجريمة ينفي لدى فاعلها ركنها المعنوي .

والجواب على هذا السؤال هو بكون شك نفي ، لأن الشخص الذي يرتكب الجريمة بناء على تحريض من الغير ، ولو كان هذا الغير رجل ضبط يريد القبض عليه متلبسا ، تعتبر الجريمة فعلة نفسانيا لا ماديا فقط ، ولا يكون من شأن تحريضه على اتيانها أن ينقطع انتسابها الى نفسه عند تنفيذه اياها .

فاففعال الجريمة اذن ، ليس سببا نافيا للركن المعنوي .

في اطراح نهج مألوف

جرى النهج التقليدي في فقه القانون الجنائي على التسليم بما يسمى الأهلية الجنائية ، والقول بأنها ليست متوافرة عند المجهنون وعند الصغار ، وأنها شرط لازم لوجود الركن المعنوي في الجريمة ، باعتبار أنها متمثلة في ملكة الادراك والاختيار ، وأن هذه الملكة لا بد من قيامها للقول بأن الجريمة منتسبة الى نفسية فاعلها ، وأنه شاءها وأرادها .

(١) حل أن العقوبة لا ترتفع عن عاتق الفاعل نفسه لأنه لم يمنع من التنفيذ اختيارا .

والواقع أن هذا النهج يخلط في مجال الإدراك ، بين وجود الإدراك ، وهذا أمر ، وبين سلامة الإدراك من كل عيب ، وهذا أمر آخر . كما أنه يخلط في مجال الإرادة ، بين وجود الإرادة ، وهذا أمر ، وبين حريتها ، وهذا أمر آخر .

فن حيث الإدراك ، قد يكون مقترنا بعيوب تشوب سلامته ، ونجعل الوعي لدى المصاب بها غير سليم ، دون أن يكون من شأن هذه العيوب اعدام الإدراك كلية . ويحدث هذا أحيانا — ولو بصفة عرضية عابرة — حتى للرجل العادي من بين الناس . ولكن عيوب الإدراك تتوافر على الأخص لدى المجنون ولدى الصغير . ومهما كانت جسامتها فإنها لا تعدل الإدراك كلية . فالمجنون الذي يستخدم عصا أو سلاحا في الاعتداء على الغير ، يدرك على الأقل طبيعة الوسيلة المستخدمة بين يديه وأن من شأنها الإيذاء ، بصرف النظر عن ادراكه للبواض والمقدمات السابقة على سلوكه وعن كون ادراكه لها مريضا معيبا .

والصغير الذي يمسك بقطعة حجر ويقلف بها زميلا له مصيبا إياه في جبهته ، يدرك على الأقل أن هذا حجر ، وأن من شأنه أن يؤذي الغير بقلفه على جسم الغير ، بصرف النظر عن ادراكه لما عدا ذلك من أمور وعن كونه ادراكا معيبا .

فكون الإدراك مريضا أو معيبا شيء ، وكونه متعلما كلية شيء آخر . هذا عن الإدراك .

أما عن الاختيار ، فيتعين التمييز في مجاله كذلك ، بين الاختيار في ذاته ، وبين حرية الاختيار ، بين الإرادة في ذاتها وبين حرية الإرادة .

فالمجنون الذي يعتدى بالعصا على إنسان ، قد اختار هذا الاعتداء أي أراحه ، والا فما كان يرتكبه . والصغير الذي يقلف بحجر رفيقا له ، قد اختار أيضا هذا الاعتداء أي أراحه وشامه .

أما ان المجنون أو الصغير ، لم يكن في ذلك الاختيار أو تلك الارادة حرا ، فهذا أمر آخر .

ذلك لأنه بينما القول بوجود الاختيار أو الارادة جواب على السؤال الآتي :

هل فعل المجنون أو الصغير ذلك الفعل ؟

فان القول بوجود حرية الاختيار أو الارادة جواب على سؤال آخر هو :

هل كان في وسع المجنون أو الصغير ، أن يختار ، أن يريد ، في واقعة الحال ، فعلا آخر غير ذلك الذي وقع منه ؟

ومن ثم يتضح مدى الفرق بين السؤالين وبين الجوابين ، لأن الجواب على السؤال الأول يكون إيجابا ، في حين أن الجواب على السؤال الثاني يكون نفيا .

فالمجنون قد اختار ، قد أراد ، الضرب بالعصا في واقعة الحال ، لأنه لم يكن يسمعه فيها أن يختار ، أن يريد ، فعلا آخر غير الضرب بالعصا .

والصغير قد اختار ، قد أراد ، القذف بالحجر ، لأنه لم يكن يملك في واقعة الحال ، أن يختار ، أن يريد ، فعلا آخر غير قذف الحجر .

فما انعدم لديهما ، ليس هو الاختيار ، ليس هو الارادة ، لأنهما قد اختارا وأرادا بالفعل ، وإنما الذي انعدم لديهما هو حرية الاختيار أي حرية الارادة ، أو القدرة على اختيار أمر آخر غير ذلك الذي وقع منهما فعلا .

ولما كان الركن المعنوي في الجريمة هو انتسابها الى نفسية مرتكبها ، تبعا لكون الجريمة قد صدرت من نفسية هذا الأخير لا من جسمه فقط ، ولم تحمله قوة خارجية على اثباتها بغير رضاه من نفسه ، سواء أكانت هذه القوة انسانية في صورة اكراه أو حادث فجائي ، أو طبيعية في صورة

قوة قاهرة ، فإن الركن المذكور - وهذا هو معناه - يتوافر حتى في جريمة الجنون أو جريمة الصغر ، ما دامت لم تحملهما على ارتكاب هذه الجريمة قوة خارجة عن نفسيتهما .

وينبغي على ذلك ، أن الركن المعنوي للفعل متوافر فيه حتماً بتوافر صفة الانسان في فاعله ، لأن الانسان مخلوق يريد . وليس الجنون سوى مرضاً يرد على الإرادة ليعلمها حريتها لا ليعلمها وجودها . وليس الصغر سوى نقصاً في النمو النفسى يجرّد الإرادة من حريتها دون أن يجردها من وجودها .

والإرادة وحدها ، لا حرية الإرادة ، هي اللازمة في سبيل القول بأن فعلاً ما قد صدر من نفسية فاعله بالإضافة الى صدورهِ من جسم هذا الفاعل ، أى هي وحدها اللازمة في سبيل أن يتوافر للجريمة ركنها المعنوي فوق ركنها المادى .

وأما أن فاعل الجريمة ، لم يكن في وسعه أن يريد غير الجريمة ، بسبب جنونه أو بسبب صغره ، فهذا أمر لا ينفى أنه أراد الجريمة على شكل حال ، وأنها انبثقت من نفسه ولم تكن فعل الجسد وحده .

فالركن المعنوي فيها متوافر الى جانب الركن المادى .

وانعدام حرية الاختيار ، أمر خارج عن نظرية الفعل في ذاته ، وعن ركنيه المادى والمعنوى ، لأن مجاله هو نظرية المسؤولية عن الفعل ، لانه نظرية الفعل نفسه ، من حيث كون النفس قد تضاعفت في انتاجه مع الجسد . فحيث يوجد دور النفس في انتاج الفعل ، يوجد بالتبعية الركن المعنوى في الفعل ، بمعنى أنه لا يعزى الى الجسد وحده ، ولا يعتبر ما تحقق منه هو الركن المادى بمفرده .

ولما كانت حرية الإرادة^(١) مجالها لا نظرية الفعل في ذاته ، وانما نظرية المسؤولية عن الفعل ، فإن معنى ذلك ، أن كل فعل يقع من إنسان ضد إرادة

(١) تعيننا هنا الإرادة أكثر مما يعيننا الإدراك ، لأن كل خلل في الإدراك لابد من تأثيره على الإرادة ، ولكن ليس كل خلل في الإرادة مؤثراً على الإدراك . فحسبنا الحديث من الإرادة لأنها جامعة شاملة ضمن محوaha الإدراك كذلك .

القانون الجنائى ، ولو كان هذا الانسان مجنونا أو صغيرا ، يعتبر محققا من الجريمة ركنها المعنوى لا المادى وحده ، ما دام وقوع الفعل لم يكن وليد قوة خارجة عن شخص فاعله ، وما دامت الصلة بينه وبين نفسه هذا الفاعل قائمة لم تقطعها أية قوة من هذا القبيل .

فحتى فعل المجنون أو الصغير ، يعتبر جريمة ، اذا ما كان ينطبق عليه نص من نصوص قانون العقوبات ، ولم يكن وليد اكراه تعرض له المجنون أو الصغير ، أو قوة قاهرة أو حادث فجائى .

وما دام فعل المجنون أو الصغير جريمة ، فانه يستوجب المسؤولية الجنائية كفعل العاقل الراشد سواء بسواء .

غاية الأمر يترتب على تخلف حرية الارادة لدى المجنون أو الصغير ، أن يتغير نوع مسؤوليته ، فبدلا من أن يتبع في مساهلته طريق الايلام ، أى طريق العقوبة ، يتبع معه طريق آخر هو طريق العلاج أى طريق التدبير الوقائى .

فأنت تؤلم الشخص لتحمله على أن يختار فى المستقبل فعلا آخر غير الفعل الاجرامى الذى وقع منه . ولن يحقق ايلام الشخص الغرض المنشود منه ، الا حيث يكون فى وسع هذا الشخص أن يختار أمرا آخر غير الذى أولم من أجله ، فيكون لإيلامه مجديا فى حمله على اختيار هذا الأمر الآخر . أما اذا لم يكن فى وسعه أن يختار غير الذى اختاره ، لأنه مسوق حتما الى اختيار ما اختاره والى العود اليه لعدم القدرة على اختيار غيره ، اما بحكم المرض العقلى ، واما بحكم الصغر ، فيكون من العبث فى هذه الحالة إيلامه لحمله على إثبات أمر لا يمكن أن تواتيه القدرة على اختياره طيلة بقاءه مصابا بالمرض العقلى أو بنقص التو النفسى . ويكون السبيل الأجدى معه فى هذه الحالة والكفيل بحمله على الانقلاع عن الاجرام ، هو سبيل العلاج لا سبيل الايلام .

وقد يقول قائل ان ايداع المجنون مستشفى الأمراض العقلية لعلاجه ،
وايداع الصغير اصلاحية الأحداث لتقويمه ، ليس جزءا جنائيا وانما هو
اجراء من اجراءات التحفظ الادارى .
ولكن هذا القول غير صحيح .

ذلك لأن من ينطق بايداع المجنون المستشفى أو بايداع الصغير اصلاحية
هو القاضي الجنائى لا جهة الادارة ، ولا بد فى الأمرين من حكم قضائى
ولا يكفى فهما قرار ادارى ، وورد النص عليهما فى القانون الجنائى
لا القانون الادارى (يراجع نص المادة ٣٤٢ من قانون الاجراءات الجنائية
بالنسبة للمجنون ، والمواد ٦٥ وما بعدها من قانون العقوبات بالنسبة للصغير).

ولا أدل على أن التدبيرين المذكورين من تدابير المسؤولية الجنائية
لا من التدابير الادارية ، من أن القانون نفسه عبر عن فعل المجنون فى المادة
٣٤٢ من قانون الاجراءات الجنائية بأنه جنابة أو جنحة ، وعبر عن فعل
الصغير فى المواد ٦٥ وما بعدها من قانون العقوبات بأنه جنابة أو جنحة
أو مخالفة ، ومن أن التدبير الوقائى لا يحكم به لا على المجنون ولا على الصغير
حيث يتضح أن الفعل الواقع منهما قد توافر سبب من أسباب ابحاثه
كالدفاع الشرعى .

فالتدابير التى تتخذ مع المجانين والصغار ، تدابير مسؤولية جنائية
بكل معنى الكلمة ، لا محض تدابير ادارية .

وهى صورة من المسؤولية الجنائية ، تسمى بالمسؤولية العلاجية أو الوقائية
تميزها عن الصورة الأخرى المألوفة والتى يمكن تسميتها بالمسؤولية العقابية .

ومادام الأمر كذلك ، فانه اذا كان يوجد فى القانون المدنى محل
للكلام عن أهلية مدنية لا يبرام التصرفات وتحمل آثارها المالية ، فانه لا محل
للكلام فى القانون الجنائى عن أهلية جنائية للقول بأنها توافر فى بعض الناس
دون البعض الآخر .

فالأهلية الجنائية أى أهلية الخضوع للمسؤولية الجنائية ، تتوافر في جميع الناس قاطبة وفي كل انسان من حيث كونه انسانا ، ولو كان مجنوناً أو صغيراً .

والفعل الذى ينطبق عليه نص قانون العقوبات يوصف بوصف الجريمة ولو كان فاعله مجنوناً أو صغيراً .

ولا يقدح في ذلك الزعم بأن القانون الجنائى لا يوجه أوامره الى المجانين والصغار وإنما الى العقلاء الراشدين .

ففضلاً عن كون هذه الحجة قديمة عتيقة ، فانها نظرية بحثة ليس لها ثمة أثر على يذكر . وحتى العاقل الراشد مأخوذ بحكم القانون الجنائى ولو كان يجهل فعلاً وحقيقة هذا القانون ، اذ العلم بالقانون مفترض لديه ، وأوامر القانون ونواهيها موجهة اليه حتى اذا كان لا يحس ولا يعلم بوجودها .

فالقانون الجنائى يعنى بأوامره ونواهيها كافة المواطنين الخاضعين لحكمه أيا كانوا ، ومنهم المجانين والصغار ، والجاهلون بحكمه جهلاً حقيقياً ، والعلم به مفترض لدى الكافة .

ومادام الأمر كذلك ، فانه لا ينفى وجود الجريمة بصفة عامة ، والركن المعنوى لها على وجه خاص ، أن يكون فاعلها مجنوناً أو صغيراً .

وليس من شأن الجنون أو الصغر ، تجريد الفعل من صفة الجريمة ، وإنما كل ما يترتب عليهما أنهما يغيران نوع المسؤولية الجنائية عن الجريمة ، فتصبح وقائية أو علاجية ، بدلاً من أن تكون عقابية .

ومن ثم نخال أنفسنا مصيبين للحق حين نقول أن الجنون أو الصغر ليس مجالهما النظرية العامة للفعل ، وإنما محلها النظرية العامة للمسؤولية ، بوصفهما من أسباب تصنيف المسؤولية أى تحديد نوعها .

(ثانياً)

في النظرية العامة للفاعل

إذا كانت النظرية العامة للفعل قد قتلت بحثاً ، فإن النظرية العامة للفاعل لم يكن لها في البحث نفس الحظ .

وقد كان من شأن العناية بالنظرية العامة للفعل ، أن أصبحت أمراً تقليدياً مقررراً المعادلة الآتية :

جريمة = عقوبة

أما العناية بالنظرية العامة للفاعل فقد كان من شأنها العمل على تغيير تلك المعادلة التقليدية ، وصياغتها على الوجه الآتي :

جريمة + حرية اختيار + خطورة إجرامية = عقوبة .

فلم يعد تحقق الجريمة بركنها المادى والمعنوى كافياً في ذاته لاعتبار فاعلها العاقل الراشد مسؤولاً ، وإنما أضيف في سبيل المسؤولية شرط آخر هو أن يكون فاعل الجريمة على خطورة إجرامية .

والفضل في اضافة هذا الشرط إنما يرجع الى العناية بالنظرية العامة للفاعل ، بعد أن كانت العناية كلها محصورة في النظرية العامة للفعل .

وليس أدل على أن الخطورة الاجرامية للفاعل صارت شرطاً للمسؤولية الجنائية بالاضافة الى الجريمة المرتكبة ، من ذلك النظام المقرر في قانون العقوبات المصرى وغيره من القوانين ، وهو وقف تنفيذ العقوبة ، وذلك النظام المقرر في القانون الايطالى والذي يسمى للأخذ به في الجمهورية العربية المتحدة مشروع قانون العقوبات الموحد ، وهو نظام العقوف القضائى (١)

(١) نص على هذا النظام القانون الايطالى في المادة ١٦٩ منه . ومنه أن يقتصر عدم وجود وجه لإقامة الدعوى - أن كانت لا تزال في مرحلة التحقيق الابتدائى - أو أن يحكم القاضي بعدم وجود وجه للمحاكمة non dovere procedere إذا كانت الدعوى قد دخلت في حوزته . والحكم بعدم وجود وجه للمحاكمة لا نظير له في القانون المصرى . غير أن المادة ١٥٤ من مشروع قانون العقوبات الموحد تجيز لقاضى اصدار هذا الحكم مقررراً أن للقاضى أن يصدر " أمراً بالعفو " من المتهم .

فوقف تنفيذ العقوبة والعفو القضائي ، معناهما أنه بالرغم من قيام الجريمة بركنهما المادى والمعنوى ، لا توقع عقوبة عنها لتخلف الخطورة الاجرامية فى شخص فاعلها .

على أن أهمية الخطورة الاجرامية ، باعتبارها ثمرة العناية بالنظرية العامة للفاعل ، لا تقف عند حد اطراح العقوبة بمقتضى نظامى وقف التنفيذ والعفو القضائي ، وإنما تظهر فى ميادين أخرى عديدة يعتد القانون فيها بوجود تلك الخطورة أو بتخلفها ، سواء أكان هذا الاعتداد بها من جانبها صريحا أو ضمنا .

فمن قبيل تعويل القانون على معيار الخطورة الاجرامية للفاعل ، ما كانت تنص عليه المادة ٥٢ من قانون العقوبات المصرى قبل الغائها ، من أنه يجوز للقاضى أن يقرر اعتبار المتهم مجرما اعتاد الاجرام ويأمر بارساله الى محل خاص تعينه الحكومة (اصلاحية الرجال) .

ومن قبيل ذلك ما ينص عليه القانون الايطالى من اعتياد على الجريمة (م ١٠٣) ، واحتراف لها (م ١٠٥) ، وميل اليها (م ١٠٨) .

ومن قبيله أيضا ، نظام الافراج تحت شرط ، ونظام توزيع المسجونين على فئات فى السجن ، ونظام رد الاعتبار .

فما هو المراد بالخطورة الاجرامية ؟ *Pericolosità criminale*

أفرد لها قانون العقوبات الايطالى - خلافا للقانون المصرى - نصا خاصا هو نص المادة ١٣٣ منه ، وقد عبر عنها فيه باستعداد الشخص للاجرام *Capacità a delinquere*

ويمكن تعريفها بأنها حالة نفسية يحتمل من جانب صاحبها أن يكون مصدرا لجريمة مستقبلية *la condizione psichica di una persona in quanto* *probabile causa di reato* (١)

(١) Grispigni - المرجع السابق - الجزء الأول ص ١٧٤ ، ١٧٥

ويتعين التمييز في مجال الخطورة الاجرامية للفاعل ، بين العناصر المكونة لها ، والعوامل المنشئة لها ، والامارات الكاشفة عنها ، والملازمات الموقظة لمفعولها أى العوامل المنبهة لها .

فبينما العناصر المكونة للخطورة الاجرامية تتحدد بها الكيفية التى تكون بها نفسية انسان ما مصدرا محتملا للجرام ، وما اذا كانت تلك النفسية كذلك حقيقة وإلى أى مدى ، فان العوامل المنشئة لتلك الخطورة معناها الأسباب التى من أجلها وجدت في النفس الخطرة العناصر المكونة للخطورة فيها ، وهى أسباب عدة ، قد تكون عضوية وقد تكون وراثية وقد تكون بيئية ، والامارات الكاشفة عن الخطورة هى المظاهر المعبرة عنها أى هى بالنسبة للشيء دليل اثبات الشيء ، وأما العوامل المنبهة أو الموقظة فهى اما وسط خاص من شأن وجود الشخص فيه احتمال ارتكابه للجريمة بينما لا يكون لهذا الاحتمال وجود لو أنه وجد في وسط آخر — وهذا ما يبرر التدبير الوقائى المعروف بمحظر الإقامة — واما عامل معين من شأنه اذا انضاف الى التكوين النفساني للشخص أن يمهد للجريمة سبيل الوقوع مثل عامل الاستفزاز .

ومحتاج الأمر الى تفصيل فيما يختص بالعناصر المكونة للخطورة ، والعوامل المنشئة للخطورة ، والامارات الكاشفة عنها .

فالعناصر المكونة للخطورة ، لا يتعدى جوهرها نقضا في العواطف الخلقية المسككة ، وافرطاً في العواطف الأنانية الدافعة .

والخطورة بهذا المعنى اما عامة تنلر بأية جريمة ، واما خاصة تنلر بجرائم معينة أو من نوع معين ، ومن ثم تنشأ منها صورة من التخصص في اجرام معين .

وهى كذلك على درجات . فهناك خطورة أشد وهناك خطورة أخف . وتتفاوت الخطورة من حيث الشدة بتفاوت أهمية الحق الفردى أو الاجتماعى الذى يحتمل أن يكون محل اعتداء من جانب الشخص الخطر . فكما توجد

خطورة منكرة بجرائم جسيمة ، توجد أخرى منكرة بجرائم طفيفة من قبيل القذف أو السب أو خيانة الأمانة ، أو حتى المخالفات .

ولأن الخطورة الاجرامية هي احتمال أن يكون الشخص مصدرا لجريمة في المستقبل ، فإنها تدرج في الشدة كذلك حسب درجة هذا الاحتمال . ودرجة احتمال الاجرام تتوقف على نوع الخلل النفساني المشوب به تكوين الشخص ، وعلى مدى الحدة في هذا الخلل ، وعلى عدد وجوه الخلل ، وعمّا اذا كان الخلل دائما أم عرضيا ، وعلى طول أو قصر الوقت الذي انقضى على نشوء الخلل في النفس ، وعلى ما اذا كان الخلل طبيعيا أم مكتسبا ، وعلى ما اذا كان العامل المنشئ له عضويا أم موروثا أم بيثيا .

فن حيث نوع الخلل ، يحق التساؤل عما اذا كانت أنواع الخلل على درجات من حيث تهيئتها للجريمة وذلك فيما يتعلق بالكيفية ، ومع افتراض تساويها في الكمية .

وردا على هذا التساؤل يمكن القول بأنه مع افتراض التساوى بين أنواع الخلل من حيث الكمية ، فإنها تتفاوت فيما بينها من حيث مدى مساهمتها في انتاج الاجرام ، ويعتبر ما يصيب منها الدائرة العاطفية من الشخصية أفعال مما يصيب منها الشخصية في دائرتها الذهنية أو في دائرة الإرادة .

والمقصود من ذلك هو تقرير أن أهم دور تلعبه وجوه الخلل النفسى في توليد الجريمة ، هو دور الوجوه العاطفية منها والمتمثلة في انعدام أو نقصان الوازع الخلقى من جهة ، والافراط في نوازع الأنانية من جهة أخرى .

ومن السبيل أن تدرج نوازع الأنانية بحسب فاعليتها في انتاج الجريمة ، وكل ما يمكن تقريره هو أنه من النوازع الغالب تدخلها في انمقاد الإرادة على الاجرام ، الانتقام والكراهية والغيرة الجنسية في جرائم الاعتداء على الأشخاص ، والجشع في جرائم الاعتداء على الأموال ، والهوى الجامح في الجرائم الجنسية .

ذلك عن نوع الخلل .

أما عن مدى الحدة فيه ، فمعيار من المعايير التي يقسم بها المجرمون الى فئات . ومن التقسيمات التي يطبق فيها هذا المعيار ، تقسيم المجرمين الى عقلاء وأنصاف مجانين ومجانين ، وتقسيمهم الى مجرمين بالطبع ومجرمين بالصدفة .

وأما عن تعدد وجوه الخلل ، فتتوقف عليه هو الآخر درجة الخطورة . وتعددها تارة يكون في الدائرة الذهنية من الشخصية ، وتارة يكون في الدائرة العاطفية . وكثيرا ما يتوافر في الدائرتين معا .

وكون الخلل دائما أم عابرا ، له أهميته في تحديد درجة الخطورة ، كما أن كونه استثنائيا بالقياس الى الطريقة المستقر عليها كيان الشخصية ، وعلى الأخص كونه استغرق فترة وجيزة وزال كل أثر له وقت الحكم في الدعوى ، أمر يستتبع استبعاد الجزاء كما في وقف تنفيذ العقوبة وكما في الغو القضائي . وأخيرا فانه على الأساس نفسه يتوقف اكتشاف من يسمون بالمجرمين غير القابلين للإصلاح .

ومن حيث الوقت الذي مضى على نشوء الخلل في النفس ، لا شك في أنه كلما مضى عليه وقت أطول ، صار المصاب به أخطر .

وتنقسم الخطورة الاجرامية كذلك الى خطورة وسيلة علاجها هي العقوبة ، وخطورة وسيلة علاجها هي التدبير الوقائي .

ولقد بسطنا فيما تقدم العناصر المكونة للخطورة الاجرامية وقابلية هذه الخطورة للتدرج ، وتكلم فيما يلي عن مصادر هذه الخطورة أى العوامل المنشئة لها في نفس صاحبها .

هذه العوامل سبق أن حددها مؤسس المدرسة الوضعية انريكو فرى — على ما سبق بيانه — بأنها عامل عضوى شخصى organico ، وعامل طبيعى

fisco (من الوسط المادى المحيط) ، وعامل اجتماعى sociale (من الوسط الروحى المحيط) .

فالمدرسة الوضعية تعتبر الجريمة وليدة التفاعل بين هذه العوامل الثلاثة مجتمعة على اختلاف فى نسبة وجود كل منها تبعا لتباين الجرائم وتغاير الأشخاص .

فليس العامل المنتج للجريمة عضويا شخصيا بحتا ، منبعا من شخص المجرم نفسه فحسب ، وإنما لابد فى انتاج الجريمة من عامل خارج عن شخصه كذلك ، ومستمدا من المحيطين الطبيعى والاجتماعى . كما أنه ليس العامل الاجتماعى بمفرده أو العامل الطبيعى بمفرده مصدر الجريمة ، بل لابد من أن يتضاف اليه فى انتاجها العامل العضوى الشخصى . فكل نوع من الأنواع الثلاثة للعوامل له نصيب فى كل تفاعل منتج للجريمة ، وإن كانت نسبة نصيبه فى هذا التفاعل ليست ثابتة وإنما متغيرة بتغير الأشخاص والجرائم .

ومعنى ذلك بعبارة أخرى ، أن جريمة المجرم خلاصة التفاعل بين الداخل والخارج ، بين دخيلته وبين الخارج المحيط به ، ولا فكاك للخارج عن الداخل كما أنه لا انفصال للداخل عن الخارج فى توليد كل جريمة . غاية الأمر تارة يكون للداخل فى انتاج الجريمة نصيب أوفى وتارة يكون هذا النصيب للخارج . ففى الحالة الأولى نكون بصدد مجرم بالتكوين ، وفى الحالة الثانية أمام مجرم بالصدقة .

على أنه كلما كان الاجرام راجعا الى الداخل أكثر من رجوعه الى الخارج ، كانت الخطورة الاجرامية للمجرم أشد درجة ، بمعنى أنه كلما كان مصدر الخلل النفسانى الذى تتمثل فيه الخطورة الاجرامية هو العامل العضوى الشخصى أكثر من العامل البيئى الخارجى ، كانت هذه الخطورة أكبر مما لو كان العامل الخارجى البيئى فيها هو الغالب على العامل العضوى . ولما كان للوراثة دخل كبير فى وجود العوامل العضوية التى يقوم عليها التكوين الذاتى للأشخاص ، فيمكن القول بأنه كلما كانت الوراثة مصدر الخطورة الاجرامية ، كانت هذه أشد درجة .

واذا كانت الخطورة الاجرامية محددة الوجهة ، بأن كان النوع الذى تدفع بصاحبها الى ارتكابه من الجرائم معينا معروفا (حالة التخصيص) ، فانه يكاد يكون غير محسوس فيها فعل العامل الخارجى وان كان لهذا العامل نصيب لا بد منه فى انتاج كل جريمة متولدة منها . أما حيث تكون الخطورة الاجرامية غير محددة الوجهة ، بأن كان مستوى لدى صاحبها أن يرتكب هذه الجريمة أو تلك ، أو يعتدى على هذا الحق أو ذلك ، فان دور العامل الخارجى البينى فى هذه الحالة أظهر ، من حيث كونه هو الذى يحدد نوع الاجرام الذى يمكن أن تتمخض تلك الخطورة عنه .

والخطورة التى نتحدث عنها فى هذا المجال ، وصفت بأنها اجرامية ، لكون ما تنذر به هو الجريمة . فلا يكفى نعمنا بأنها اجتماعية ، لأنه ليس من اللازم فى الأفعال المضادة لمصالح المجتمع أن تكون جريمة ، فقد تكون ماسة من هذه المصالح بشرط اضافى من شروط الكمال ، لا بشرط جوهرى من شروط الكيان والوجود . فالخطورة الاجتماعية جنس ، والخطورة الاجرامية نوع من هذا الجنس . وهذا النوع بالذات هو الذى ينخص بالبحث فى مجال القانون الجنائى .

ولا يلزم أن ينحصر وجود الخطورة الاجرامية فى الشخص الذى أجرم بالفعل دون سواه . فقد تتوافر حتى فى شخص لم يرتكب جريمة بعد ، وانما يحتمل بسبب وجودها فيه أن يرتكب جريمة . وفى الحالة الأخيرة لا يكون للقانون الجنائى دور فى الخطورة الاجرامية ، اذ القانون الذى يعنى بها فى هذه الحالة هو قانون البوليس ، ما لم يعتبر قانون البوليس بمثابة قانون جنائى وقائى ، تميزا له عن القانون الجنائى بالمعنى الضيق وهو قانون جنائى علاجى .

وعند هذا الحد يقف حديثنا عن العوامل المنشئة للخطورة الاجرامية فى شخص ما ، أى العوامل التى يعزى اليها ذلك الخلل النفسانى المشوب به تكوين هذا الشخص والذى يحتمل معه أن يكون هذا مصدرا لجريمة .

وبذا نكون قد عالجنا ماهية الخطورة الاجرامية أى جوهرها والعناصر المكونة لها ، والعوامل المنشئة لها فى نفس صاحبها ، ولم يبق سوى علاج الامارات الكاشفة عنها أى الدالة على وجودها فى شخص ما .

وقبل مواجهة العوامل الكاشفة عن الخطورة الاجرامية ، نرى ازالة بعض الاعتراضات التى يحتمل أن توجه الى نظرية هذه الخطورة .

فقد يعترض عليها بأنه لما كانت الخطورة الاجرامية هى احتمال الاجرام فان تعليق المسؤولية الجنائية عليها وجودا وعندما من جهة ، والاسترشاد بها من جهة أخرى فى تحديد نوع هذه المسؤولية اذا ماتبين وجوبها ، وفى تحديد مقدار العقوبة فيما لو كانت مسؤولية عقابية ، معناها تعليق المسؤولية الجنائية على أمر محتمل لا على يقين ثابت .

وردنا على هذا الاعتراض ، أن الأمر المحتمل فى الخطورة الاجرامية ، هو الجريمة المستقبلية ، وأما هذه الخطورة فى ذاتها فليست مستقبلا محتملا وانما هى أمر حاضر ثابت . فهى ثابتة ثبوت الخلل النفساني القائم فعلا عند شخص ما والذي من شأنه أن يجعل هذا الشخص مصدرا لجريمة ينتظر وقوعها منه .

وليست العقوبة التى يحكم على المجرم بها ، مجرد أذى يقاس بمقدار الأذى الذى حققته جرمته ، وانما هى وسيلة لعلاج الخطورة الاجرامية فى هذا المجرم أى لمنع الجريمة الجديدة التى يحتمل أن يكون هو نفسه - مرة أخرى - مصدرا لها . وليس بلازم فى سبيل توقيع العقوبة أن تكون هذه الجريمة الجديدة أمرا واقعا ، بل يكفى أن يكون أمرا واقعا الخطر المنذر بها ، أى الخطورة الاجرامية فى شخص من يحتمل ارتكابه لها .

وقد يعترض على النظرية من جهة أخرى ، بأن تعليق المسؤولية الجنائية على الخطورة الاجرامية ، معناه فتح الباب لتحكم القاضى .

ولكن هذا الاعتراض مردود عليه ، بأنه لما كانت أهم اماراة كاشفة عن وجود الخطورة الاجرامية فى انسان ما ، هى الجريمة التى ارتكبها فعلا

هذا الانسان والتي مثل أمام القاضى بسببها ، فان هذه الجريمة لكونها حقيقة واقعة لا يبقى معها أى مجال لتحكم القاضى فى التقدير .

بل ان تفسير الجريمة الواقعة نفسها باعتبارها اماره كاشفة عن الخطورة الاجرامية ، قد تولاه عن القاضى القانون نفسه اذ حدد لكل جريمة فى القسم الخاص جزاء مفصحا عن مدى خطورة من يرتكبها ، كما عين القانون للقاضى بالتفصيل وعلى الأخص فى القانون الايطالى ، ما يعتبر ظرفا مخففا وما يعتبر ظرفا مشددا (١) ، بل رسم القانون الايطالى للقاضى — على ما سئرى — كافة الامارات التى — بالإضافة الى الجريمة المرتكبة — تكشف عن وجود الخطورة الاجرامية فى فاعلها .

ومادام الأمر كذلك ، فلا يبقى ثمة مجال لأى تحكم من جانب القاضى .

ثم انه اذا كان هناك محل للمخشية من تحكم القاضى ، فيكون لهذه المخشية مجالها كذلك حتى فى الحالات التى يتطلب القانون فيها لوجود الجريمة توافر خطر معين كمتصر فى الركن المادى المكون لها . ومع ذلك ، فانه فى هذه الحالات لا تقوم أدنى شبهة فى أن على القاضى أن يستظهر وجود هذا الخطر أو عدم وجوده ، ولا يحول الزعم بالتحكم دون أدائه لهذه المهمة . واذا لم نسلم للقاضى بهذا الدور فلا يتأتى التسليم به حتى للقائمين على تطبيق قانون البوليس بوصفهم مطالبين بمنع كل خطورة اجرامية من أن تتمخض عن جريمة فعلية .

ومتى استقر معنى الخطورة الاجرامية ، وأهميتها سواء فى تقرير المسؤولية الجنائية ذاتها ، أو تحديد نوعها متى تقررت ، أو تحديد مقدار العقوبة فيها ان كانت مسؤولية عقابية ، بحث لنا بعدئذ أن نتعرض للكلام على الامارات الكاشفة عن وجود تلك الخطورة .

• • •

(١) اتبع مشروع قانون العقوبات الموحد نفس النهج بأن حدد عل وجه التفصيل فى المادة ١٤٩ منه الأعمار المخففة وفى المادة ١٥٥ الظروف المشددة .

ولا شك في أن أهم امارة تكشف عن وجود الخطورة الاجرامية في شخص ما ، هي الجريمة التي ارتكبها هذا الشخص .

ويرجع ذلك الى سببين :

السبب الأول أن الخطورة الاجرامية في جوهرها - على ما بينا - أحوال نفسانية مشوبة بخلل من شأنه أن يجعل صاحبها مصدرا للجرام . ولما كان من غير الممكن لمس تلك الأحوال والوقوف عليها بطريق مباشر ، فإن اللام بها لا يتأتى الا بطريق غير مباشر . هذا الطريق غير المباشر ليس سوى السلوك الذي يسلكه من يوجد في تلك الأحوال .

ولا يكفي أن يسلك الشخص سلوكا منافيا للأخلاق ، كى يستشف من ذلك وجود الخطورة الاجرامية فيه . فقد يكون الانسان من أسوأ الناس أخلاقا دون أن يدخل مع ذلك في عداد المجرمين .

ولا يكفي أن يكون الانسان مختل النفس ، بل لا يكفي أن يكون مصابا بالجنون ، ليستدل من ذلك على خطورته الاجرامية . فكثيرون هم المجانين بل المصابون بالجنون الخلقى ، والذين لا يرتكبون مع ذلك جريمة ما .

ومن ثم فإن وقوع جريمة بالفعل هو أهم ما يكشف عن وجود الخطورة الاجرامية بوصفها استعدادا للجرام . فما كان المجرم مجرم لو لم يكن لديه للجريمة استعداد . وهذا الاستعداد ليس سوى الخطورة الاجرامية . ولا تفقد الجريمة دلالتها على الخطورة الاجرامية الا في حالات استثنائية تتميز بأن الجريمة الواقعة فيها طفيفة من جهة ، وبأن خطورة الفاعل فيها قد طرأ عليها الزوال من جهة أخرى قبل أنطق بالحكم ، ولهذا أهميته في وقف تنفيذ العقوبة وفي العفو القضائي .

والسبب الثاني أن الجريمة هي الامارة الأكيدة الموثوق من توافرها ، اذ الامارات الأخرى الدالة على وجود الخطورة قد يكون من المتعذر الوقوف عليها مثل الحياة الماضية للمجرم ، لا سيما اذا كان أجنبيا ،

وقد يكون من غير اللازم البحث عنها اذا كانت الجريمة المرتكبة هينة
لا تستدعى استقصاء عن حياة فاعلها في الماضي ولا دراسة مباشرة لشخصيته .

فهذهن السببن ، لا مناص من التسليم بأنه بينا الجريمة تحتل من بين
الامارات الكاشفة عن الخطورة الاجرامية المكان الأول ، تحتل سائر
الامارات المكان الثاني .

وبناء على ذلك ، نبدأ بالكلام فيما يلي عن الجريمة كامارة كاشفة
عن الخطورة الاجرامية ، ثم نتكلم عن سائر الامارات .

• • •

ينسب الايطاليون الى الجريمة دالتين :

دلالة سببية *valore causale* ودلالة كشفية *valore sintomatico* .

فالدلالة السببية للجريمة ، هي الأثر المباشر للجريمة ، وكذلك أثرها
غير المباشر ، في المجتمع الذي تحققت به .

فالأثر المباشر لها يظهر في الموضوع المادى لسلوك فاعلها ، وقد يكون
كما رأينا ، الاضرار بحق للغير أو تعريضه للخطر .

أما أثرها غير المباشر ، فهو على اللوام مساس بمال تعتبر حمايته بمثابة
الموضوع القانونى للجريمة ، أى اعتداء على مال اجتماعى تكون صيانتة
في نظر المشرع ، شرطا يتعلق به حق المجتمع في الكيان والبقاء أو ظرفا مكملا
لشرط من هذا القبيل .

تلك هي الدلالة السببية للجريمة ، وهي لصيقة — على ما هو ظاهر —
بمادة الفعل في ذاته ، ومبينة لجوهر هذه المادة .

أما الدلالة الكشفية للجريمة فهي — كما سنرى — لصيقة بشخص فاعلها
ومبينة لجوهر نفسيته .

وإذا كانت للخطورة الاجرامية اماره كاشفة عنها في الجريمة المرتكبة ، فان ما يعتبر من الجريمة بمثابة هذه الامارة ، هو الدلالة الكشفية لها ، وان كانت الدلالة السببية داخلة كمعصر في الدلالة الكشفية وكجزء لا يتجزأ منها .

والدلالة الكشفية للجريمة تبدو من وجهات نظر ثلاثة :

(أولاً) من وجهة أن الجريمة كاشفة عن نفسية فردية . *individualità psichica*

و (ثانياً) من وجهة أنها كاشفة عن خطورة اجرامية . *pericolosità criminale*

و (ثالثاً) من وجهة أنها كاشفة عن خلل نفساني . *difetto psichico*

أما أن الجريمة تكشف عن نفسية فردية ، فذلك لأن مصدرها هو نفسية فاعلها .

وكل سلوك انساني ، يكشف عن نفسية من سلوكه .

ومسالك الانسان عديدة لا تحصى ، ولا يعتبر أى سلوك انساني كاشفا عن نفسية صاحبه بقدر ما تكشف الجريمة كسلوك خاص عن هذه النفسية . ذلك لأن السلوك العادى ان كشف من الشخصية جزءا منها ، فان السلوك الاجرامى يكشف منها جزءا أكبر ، ان لم يكشفها كلها بأجمعها ، لما ثبت من أن مزاج الشخص وطبعه يتمثلان ويتجسمان على أكل صورة في الجريمة التى يرتكبها . ولذا فانه بينما يكون طبع ما مهيئا لسلوك ما ، كثيرا ما يكون من المستحيل مع وجود طبع آخر اتيان مثل هذا السلوك .

وأما أن الجريمة تكشف عن خطورة اجرامية ، فذلك لأن الغالب في الأمور ، وان لم يكن هذا أمرا دائما ، هو أن يكون المجرم مرة ، مصدرا لجريمة يرتكبها مرة أخرى (١) . فوقع الجريمة في ذاته دليل على أن فاعلها

(١) فيقرر واضح قانون العقوبات الايطالى Arturo Rocco أن الخطورة الاجرامية تتحدد مبدئيا على أساس مدى الجسامة المادية للجريمة المرتكبة ، غير أن تقدير وجودها على هذا الأساس ، يقبل التعديل بفعل عناصر أخرى متميزة عن الجريمة في ذاتها . راجع في ذلك مؤلف الأستاذ Grispigni - الجزء الأول - ص ٢٠٨ - هامش ١١٩ مكرر .

كان على استعداد لأن تقع منه . كما أنه يدل كذلك على أن الانذار بالعقاب لم يمنع فاعلها من اتيانها .

ومن جهة أخرى ، فإن الثابت من أبحاث علم النفس أن تحقق سلوك ما مرة ، من شأنه أن يصبح المجهود اللازم لتكرار هذا السلوك مرة أخرى ، أقل مشقة ، وأن النفس يوجد لديها ميل العود الى ما سبق صدوره منها .

كما دلت الاحصاءات الجنائية على أن ٣٠ ٪ تقريبا من الأشخاص الذين يجرمون ، يعودون الى الاجرام مرة أخرى ، حتى بعد انزال الجزاء بهم^(١) .

فاذا ما روعى فوق ذلك ، عدد من لا يعودون منهم الى جريمة جديدة لارتداعهم بالجزاء الموقع عليهم ، وعدد أولئك الذين منعمهم من العود الى الاجرام كونهم لا يزالون خاضعين لتنفيذ الجزاء المحكوم به عن جرائمهم الواقعة ، يكون من السائع افتراض أن معظم المجرمين يعود الى الاجرام اذا لم يوقع عليهم الجزاء الكفيل بمكافحة خطورهم الاجرامية .

ولما كان الغالب فيمن أجرم أن يعود الى الجريمة ، أى لما كان من المحتمل أن يصبح مصدرا للجريمة مرة أخرى^(٢) ، فانه يستخلص من ذلك أنه متى وقعت جريمة كانت اشارة كاشفة عن الخطورة الاجرامية لفاعلها ، أى كانت دليلا على أنه من المحتمل أن يكون فاعلها شخصا وبالذات مصدرا لجريمة أخرى جديدة تقع منه في المستقبل .

ولما كان شرط انزال الجزاء ، أن يكون فاعل الجريمة على خطورة اجرامية ، وكانت هذه الخطورة مستفادة من الجريمة المرتكبة لكون هذه الجريمة اشارة كاشفة عنها ، فانه ينبى على ذلك ، أن كل جريمة تستوجب مبدئيا توقيع الجزاء .

(١) Crispigni - المرجع السابق - ص ٢٠٩

(٢) فيقرر Matteotti في مؤلفه عن العود *in recidiva* أن نحو نصف الجرائم التي ترتكب سنويا يقع من أشخاص سبق اجرامهم - ص ٦٠ - ص ٦١ أشار اليه Crispigni في الموضوع السابق .

غير أنه في حالات استثنائية تكون الجريمة فيها طفيفة ، لا يدل ارتكاب الجريمة على خطورة إجرامية ، أو لا يدل - وهذا أدق - على خطورة إجرامية ظلت باقية في نفس فاعل الجريمة الى وقت اصدار الحكم في الدعوى ، وعندئذ يسوغ القانون نفسه للقاضي الاحجام عن انزال الجزاء المقرر قانونا للجريمة ، وذلك اما عن طريق النطق بالعقوبة مع الأمر بوقف تنفيذها ، واما عن طريق عدم النطق بالعقوبة أصلا واصدار عفو قضائي عن المتهم (١) .

وأخيرا فان الجريمة تكشف كذلك عن خلل نفساني في تكوين فاعلها . وإذا كان كل جنون خللا نفسانيا ، فانه ليس بلازم في الخلل النفساني أن يكون جنونا .

والأمر الذي لا مرية فيه ، أن الخلل النفساني المنتج للجريمة كان قائما في نفسية فاعلها على الأقل في ذات لحظة ارتكابها . أما أن لهذا الخلل صفة الرسوخ في نفسية المجرم على نحو يميزه نفسانيا عن الرجل العادي ، أو أنه خلل عرضي يحتمل أن يطرأ حتى على نفسية الرجل العادي من بين الناس ، فهذا ما لا يمكن القطع فيه برأى ، على الأقل في صدد المجرم بالصدفة .

فالمجرم بالتكوين لا شك في أن الخلل النفساني لديه راسخ في تكوين شخصيته . وقد عرفنا بالتكوين الاجرائي في موضع آخر (٢) ، فقلنا انه خلل كمي أو شلوذ كيفي في غريزة من الغرائز الأساسية للإنسان ، مصحوب بنقصان أو انعدام في الغرائز الثانوية السامية ، وتقترن به نقيصة أو أكثر في صحة الجسم أو صحة النفس .

(١) ومن العوامل التي تنهت عن البال حل الأقل في تحديد مدى الخطورة الإجرامية مع التسليم بوجودها وبالتالي في تحديد مدى الجزاء ، سلك المبنى عليه في الجريمة الواقعة ومدى نصيب المبنى عليه نفسه في انتاج الأذى الإجرائي الواقع عليه .

(٢) يرجع الى الجزء الثاني من مؤلفنا في علم الاجرام .

ولا تقوم شبهة في أن هذا الجوهر المميز للتكوين الاجرامى وهو لا يخرج عن نقص أو انعدام الوازع الخلقي ، يعتبر في المحرم بالتكوين خللا نفسانيا راحضا في تكوين شخصيته ، أى دائما ثابتا ، وبالتالى يمزا له من حيث التكوين النفسانى عن أغلبية الناس وعن الرجل العادى الذى يكونها .

أما المحرم بالصدفة ، وقد عرفنا به في ذات الموضوع ، فأمره ليس بذات الواضوح .

فقد قلنا في التعريف به انه انسان توجد لديه غرائز ثانوية سامية في حالة تعادل وتوازن مع الغرائز الأساسية الأصلية ، غير أنه على نقيصة في الصحة النفسية من شأنها أن ينقطع هذا التوازن بين نوعى الغرائز أمام ظرف استثنائى في قوة مفعوله أتاحته البيئة المحيطة ، فتطغى لديه الغرائز الأساسية على الغرائز الثانوية المهذبة ، ويقع منه الفعل الاجرامى .

وقلنا — أخذا برأى الأستاذ دى توليو — ان ذلك المحرم بالصدفة ، ليس رجلا عاديا من جميع الوجوه وان كان أقرب الناس الى الرجل العادى باعتبار أن هذا الأخير يتميز بأن لنفسه نصيبا من الغرائز الثانوية السامية ، وأن المحرم بالصدفة يتفق معه في ذلك ، وان كان وجه الاختلاف بينهما أن الرجل العادى لا يمكن أن ينقطع لديه التوازن بين تلك الغرائز السامية وبين الغرائز الأصلية ، ومن ثم فلا يمكن أن ينزلق الى جريمة ما .

فالأخذ بهذا رأى مفاده أن الرجل العادى المكون لأغلبية الناس لا يجرم ، وأن من يجرم بالصدفة ينتمى الى فئة أخرى غير فئته ، وان كان أقرب الناس اليه ، وأن هذا المحرم بالتبعية يتميز بنفسية مغايرة لنفسية الرجل العادى ، ومن ثم فالخلل في نفسيته ، له فيها أصل راسخ ، وليس أمرا عرضيا عابرا موقوتا بلحظة ارتكاب الجريمة .

غير أن هناك رأيا يذهب الى القول بأنه اذا كان المحرم بالتكوين يغاير الرجل العادى من ناحية أن الخلل النفسانى المائل في تكوينه الاجرامى دائم

ثابت لا وجود له عند الرجل العادى ، فان المحرم بالصدقة قد يختلط بالرجل العادى من ناحية أن الخلط النفسانى المفضى الى جريمته من الممكن أن يطرأ على أى رجل عادى بصفة عرضية عابرة ويفضى به الى ارتكابها .

يؤيد هذا الرأى الأستاذ Grispiigni حيث يتحدث عن الخلط النفسانى فيقول انه ليس على اللوام وفى كل حالة ، خصيصه تميز التكوين النفسانى للمجرم عن التكوين النفسانى للرجل العادى ، لأن كثيراً من الجرائم الطفيفة وعلى الأخص المخالفات يرتكبه حتى الرجال العاديين ، ومن ثم يكفى فى الخلط المفضى الى الجريمة أن يكون قد استغرق من الوقت لحظة واحدة هى لحظة ارتكاب الجريمة^(١) .

ويضرب الأستاذ جرسيني مثلاً لذلك الخلط العابر الجائز أن يطرأ حتى على نفسية الرجل العادى ، بالاهمال الذى يطرأ من سائق سيارة لفرط اعيائه من القيادة طوال النهار والذى يؤدي الى وقوع حادث بصاب فيه أحد المارة ، ويقرر أن الحادث ولیدخل نفسانى شاب نفسية السائق وقت الجريمة وليس من شأنه أن يخرج هذا السائق من عداد الرجال العاديين^(٢) .

ونحن نميل الى الرأى القائل بأن المحرم — أيا كانت جريمته — يعتبر بمحکم ارتكابه لها — مغايراً للرجل العادى ، ولو مغايرة طفيفة ، باعتبار أن الرجل العادى ما كان يرتكب الجريمة لو أنه وجد فى ذات الظروف ، ولا نقبل استثناء من هذه القاعدة حتى فى مجال الجرائم الطفيفة التى يبدو أنها قابلة للارتكاب حتى من الرجل العادى .

وعلى أية حال ، فانه اذا أخذنا بالرأى الذى يعتبر المحرم بالصدقة أقرب الناس الى الرجل العادى ، وأنه من حيث تكوينه النفسانى ليس كالرجل

(١) يقرر الاستاذ Stoppati أن التشدد فى تطبيق القانون الجنائى قد يفضى الى استعالة الإبقاء ولو على فرد واحد من الناس. مجرداً من تمت المحرم . إذ لا تخلو حياة أى انسان ولو من جريمة طفيفة يرتكبها كجريمة السب مثلاً - "L'esercizio dell'azione penale" R'vista penale 1893, vol. 38, p 15.

(٢) Grispiigni — المرجع السابق — ص ٢١١

العادى من جميع الوجوه ، يكون أساس مشروعية وقف تنفيذ العقوبة والعفو القضائى ، فى الحالات التى يكونان فيها جائزين ، هو الأمل فى أن تكون اجراءات التحقيق المتخذة مع المجرم كافية لحمله على أن يتحكم فى خله النفسانى الذى أفضى به الى الجريمة فيمنع هذا الخلل من أن يؤدى به الى الجريمة مرة أخرى .

أما اذا أخذنا بالرأى القائل بأن بعض الجرائم الطفيفة يرتكبها حتى الرجل العادى ، فيكون أساس مشروعية وقف تنفيذ العقوبة والعفو القضائى حين يكون جائزا العمل بهما ، أن الجريمة المنسوبة الى المتهم كان من شأن الرجل العادى أن يرتكبها لو وجد فى مكانه ، وأنها بالتالى مبررة أو شبه مبررة ، ولو أن هذا تبرير عهد القانون الى القاضي بمهمة اكتشافه واستظهاره .

ولكننا — كما قلنا — نميل الى الرأى الأول .

والخلل النفسانى المفضى الى الجريمة والقائم فى نفسية فاعلها — على الأقل فى لحظة ارتكابها ، هو أولا ، انهيار فى قوة الوازع الخلقى ، معاصر على الأمل لتلك اللحظة ، كان من شأنه أن تغلب الدافع الى الجريمة على الزمام المسك عنها . ويؤكد وجود ذلك الخلل ، أن الخشية من العقاب رغم كفايتها لمنع جمهور المواطنين من الاجرام ، لم تكن كافية لمنع المجرم الذى أجرم من اتيان جريمته . ومع التسليم بأنه يدخل فى قدرة المجرم التحكم فى نوازع غرائزه الأصلية ، فان هذه القدرة لم تتعد لديه وجودها المجرد ، فكان أن أعوزها الوجود الفعلى وقت ارتكاب الجريمة ، تبعا للحد منها وانتفاصها أو تبعا لتخلفها ، رغم امكان وجود هامن الناحية المجردة البحتة .

وتنهار قدرة التحكم فى الغرائز الأصلية ، أى ينهار الوازع الخلقى ، اما لنقص فى الحساسية الخلقية جعل الشخص قاصرا عن الشعور بوجه الملامة فى سلوكه ، واما لنقص فى استجاء أفكاره كان من شأنه أن فات عليه تقدير ما يمكن وراء سلوكه من أجرية ترتب عليه .

على أن الخلل النفساني الذي تكشف الجريمة عن وجوده في فاعلها ،
على الأقل في لحظة ارتكابها ، لا يقف عند انبهار الوازع الخلقي ،
وانما يشمل كذلك الافراط أو الشنوذ في الدافع الغريزي ، وهو ما عبرنا
عنه بالخلل الكمي والشلوذ الكيفي .

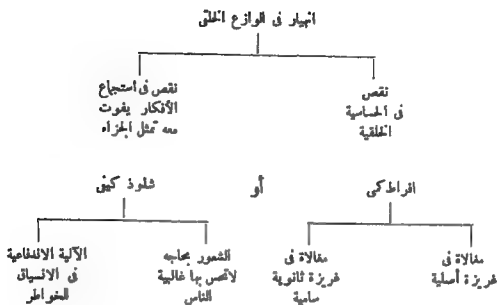
فالافراط أو الخلل الكمي ، معناه أن الغريزة الأصلية القائمة عند المجرم
مثلما هي كائنة في كافة الناس ، توجد لديه بمقدار مغالى فيه ، أى تولّد لديه
شعورا بمحاجات حادة جارفة غير معتدلة ، تفوق ما ينشأ منها عند الرجل
العادي .

والشلوذ الكيفي ، معناه أن تشوب المجرم شائبة من شعور بمحاجة
لا يتوافر الشعور بها عند أغلبية الناس ، أى لا يحس معظمهم بها عند
ما يشبعون ذات الغريزة التي يحرص المجرم بتلك الحاجة على اشباعها .

وقد يتمثل الافراط الكمي لا في الشعور بغريزة أصلية أنانية ،
وانما على العكس في الشعور بغريزة ثانوية سامية منصرفة الى إثارة الغير
على النفس ، وذلك حين يكون الشعور بها مشتتاً عن حد الاعتدال بالنفا
من التطرف درجة الانفعال أو العاطفة . وفي هذه الحالة ، لا يحول نبل
الغريزة مصدر الشعور دون اعتبار من أشبعها بالجريمة مجرماً . لأن الجريمة
في ذاتها ، ولو كوسيلة لتحقيق غاية سامية ، لا يمكن أن تكون سامية سمو
هذه الغاية ، ولا يكون من التناقض في شيء أن ينسب الاجرام الى من يسعى
لغرض نبيل ، متى كانت وسيلته في هذا السعى غير نبيلة .

وأخيراً قد يتمثل الشلوذ الكيفي في آلية اندفاعية تعمل صاحبها
على الاذعان للخواطر بدون روية في وزنها وتقدير لمناسبة تحقيقها أو اغفالها .

وبناء على ذلك ، يمكن تصوير الخلل النفساني الذي تكشف الجريمة
عن وجوده والذي كان مصدراً لها ، على الوجه الآتي :



غير أنه ليس من المحتم في كل جريمة أن يكون الخلل النفساني المفضى إليها من نوع ما تقدم .

فما قلنا بيانه هو الخلل الغالب في معظم الجرائم أن يكون مصدرا للجريمة .

ولكن الجريمة قد يكون الخلل النفساني المفضى إليها متمثلا في أى اضطراب يحمل بأية دائرة من دوائر النفس ، سواء أكانت الدائرة الذهنية المشتملة على ملكة الذكاء ، أو الدائرة العاطفية والشعورية ، أو الدائرة الإرادية^(١) . فمثل هذا الاضطراب كثيرا ما يعزز عملية التفاعل النفسى المفضى لى انهيار الوازع الخلقى ووقوع الفعل الإجرامى ، بمعنى أنه كثيرا ما يكون في ميلاد الجريمة عاملا مهيئا أو مساعدا .

(١) وسبق أن بينا في الجزء الثانى من مؤلفنا في علم الإجرام — بالموضع السالف ذكره — أن العامل السببى في إنتاج الإجرام هو فى الحقيقة طغيان الفرائز الأساسية على الفرائز الثانوية الملهية أو انهيار الوازع الخلقى ، وأن ما هنا هذا العامل ، يعتبر عاملا مهيئا ومساعدا ، أى ميسرا لحديث ذلك الطغيان أو هذا الانهيار . وفضلنا فى الجزء الأول من مؤلفنا نفسه كلمة الدوائر النفسية التى يكون الخلل فيها عاملا مساعدا للإجرام .

تلك هي الدلالة الكشفية للجريمة سواء في الكشف عن نفسية فاعلها ، أو في الكشف عن خطورته الاجرامية ، أو في الكشف عن الخلل النفساني الذي أدى به الى ارتكابها .

هذا وقد وضعت المادة ١٣٣ من قانون العقوبات الابطالي معيارا يسترشد به القاضي في استخلاص الخطورة الاجرامية من جسامه الجريمة المرتكبة ، وذلك اذ نصت على أنه :

« على القاضي أن يقيم وزنا لجسامه الجريمة مستخلصة :

١ - من طبيعتها ونوعها ووسائلها وموضوعها ووقتها ومكانها وكافة ملاساتها .

٢ - من جسامه الضرر أو الخطر الناتج منها للمجنى عليه فيها .

٣ - من مدى القصد الجنائي أو من درجة الاهمال » .

ولقد آن بعد ما تقدم ، أن نتحدث عن الامارات الأخرى التي - بالإضافة الى الجريمة - تعد مثلها كاشفة عن الخطورة الاجرامية .

وهذه الامارات الأخرى يبتها كذلك المادة ١٣٣ من قانون العقوبات الابطالي في الفقرة الثانية منها وهي :

١ - بواعث الاجرام وطبع المجرم .

٢ - سوابق المجرم وتحياته الماضية قبل الجريمة .

٣ - سلوك المجرم المعاصر واللاحق للجريمة .

٣ - ظروف الحياة الفردية والعائلية والاجتماعية للمجرم .

أما بواعث الاجرام ، فليس المقصود بها المصدر النفسي لكل جريمة فردية ، بالمعنى الواسع لهذا المصدر ومثاله الغرور والأنانية والانقباض النفسي العميق ، وكل هذا يدخل في الخلل النفساني المفضي الى الجريمة ، وانما المقصود بها الغاية التي قصد المجرم بالجريمة أن يحققها .

· وتمثل المجرم للغاية المشوذة من ارتكاب الجريمة ، أمر ذهني مجرد ، متميز عن الانفعال والعاطفة كأمرين داخليين في الدائرة الشعورية لا في الدائرة الذهنية ، ولو أن كل أمر يحضر في الذهن لا يخلو تمثله من احساس اما بالارتياح واما بالألم ، وأن هذا الاحساس على الأنخص ، هو الذى يدفع ويحفز الى السلوك .

على أن الباعث ، محل عناية القاضى فى الكشف عن الخطوة الاجرامية من ناحية القوة التى يفرض بها نفسه ويتمثل بها فى وعى المجرم . ذلك لأنه كلما كان الباعث فى دفعه للمجرم قويا ، ضعفت بسببه ملكة الاختيار السابق لانعقاد النية على الجريمة . وهذه الظاهرة تسمى بنزعة التهور impulsivité .

كما أن الباعث محل عناية من ناحية أخرى لما هى الأخرى دلالتها ، وهى نوع الباعث نفسه وهل هو نوع سام أم نوع خسيس .

ولم يحدد القانون ما هى البواعث السامية وما هى البواعث الخسيسة ، ومن ثم فلا بد من أن يستعين القاضى فى تحديدها بمحقق علم النفس وعلم الأخلاق . ويمكن تعريف الباعث السام بأنه كل باعث يهدف الى التعاون الاجتماعى وحسن سير الحياة الاجتماعية . أما الباعث الخسيس فيمكن تعريفه بأنه كل باعث يهدف الى انزال الضرر بالمجتمع أو تعريضه للخطر . وكل ما فيه اثار للغير على النفس يعتبر ساميا مثل حب الأقرباء أو حب الوطن^(١) ، أما ما فيه بغض للغير والمجتمع فيعتبر خسيسا . وليس بلام في نوازع الأثانية أن تعتبر لمجرد كونها كذلك بواعث خسيسة . فاشباع الأثانية فى ذاته أمر لا نبيل فيه ولا خسة ، أى لا يضافى عليه علم الأخلاق لونا معينا ، ما دام لم ينحرف الى ابداء الغير . بل قد يكون اشباعها فى بعض الأحيان من مقتضيات الأخلاق تبعا لظروف خاصة من شأنها أن تجعل حرص الانسان على حقوقه الشخصية أمرا واجبا لازما .

(١) فقد ينفذ هذا الحب الى الإجرام لاشباعا له .

ولا شك في أن خطورة المجرمين تتفاوت نوعا ، باختلاف البواعث الدافعة فيها الى الاجرام ، والمراد بذلك تفاوت الخطورة من حيث ما تتخذه من لون .

ذلك عن البواعث الدافعة الى الاجرام .

أما طبع المجرم ، فله هو الآخر أهميته في الكشف عن الخطورة الاجرامية وجودا ونوعا .

والمراد بالطبع النظام المتسق الذى تعودت الارادة على التزامه فيما تتخذه من قرارات ، أو بعبارة أخرى مدى نصيب الانسان من ملكات القدرة على قهر نوازع السوء .

وإذا كانت البواعث هى القوة الدافعة الى انعقاد الارادة في مختلف المناسبات ، فإن الطبع هو الطريقة الدائمة التى تحيا النفسية عليها . وهو بهذه المثابة يعد مصدرا للبواعث نفسها ، بمعنى أنه إذا كانت مناسبات معينة فرصة لنشوء بواعث معينة في النفس ، فإن هذه البواعث لا تنشأ أصلا عند الفرد صاحب هذه النفس ، أو لا تنشأ على الصورة التى تمثلت بها ، لو أن هذا الأخير كان على طبع مغاير لذلك الذى يوجد فيه فعلا .

والواقع أن لكل شخصية انسانية ثلاثة مقومات هى : البنية الجسمية ، والمزاج ، والطبع .

فالبنية الجسمية معناها أعضاء الجسم خارجية كانت أم داخلية من حيث تكوينها ووظائفها .

والمزاج معناها مجموع الاتجاهات المعبرة عن الحالة العامة التى يوجد عليها الجسم ، أى طريقة تلقى مختلف الانطباعات والمحاوطة عليها ، ومن ثم فهو يمثل قنطرة العبور من البنية الجثمانية الى البنية النفسانية .

أما الطبع فهو خلاصة التفاعل بين كافة العوامل المتعلقة في النفس ، ووليد الحالة التي يوجد عليها العقل الباطن بصفة خاصة ، باعتبار هذا العقل مستودعا من طبقات تتراس فيها النوازع والميول الخاصة بالجنس والشعب اللذين ينتمى اليهما الانسان ، وبالأسرة التي هو عضو فيها ، وبحياته وهو لا يزال بعد جنينا ، وبطفولته وصباه وفتوته ، فضلا عن تلك التي هي أحدث تكوننا في الانسان لكونها تنشأ في المرحلة المثلثة نموه .

ولقد أثبت علم النفس الحديث مدى أهمية الدور الذي يلعبه العقل الباطن في رسم طريق سلوك الانسان . ذلك لأنه في تكوين كل مشيئة انسانية تتدخل عوامل لا شعورية ، كثيرا ما يفوت الاحساس بها حتى على صاحب المشيئة التي تكونت بفعلها ، رغم أنها نشيطة فعالة في توليد هذه المشيئة ، سواء بوصفها قوة دافعة أو بوصفها قوة ممسكة . وهذه العوامل تستمد مصدرها من خبرات اما حالية حديثة واما قديمة عتيقة ، أى من خبرات اكتسبها الشخص بنفسه أو اكتسبها عن طريق السلالة أو الجنس اللذين ينتمى اليهما ، الأمر الذي يبرر قسمة النفسية الواحدة قسمين : أحدهما حديث الميلاد *neopsiche* والآخر يرجع في ميلاده الى الماضى البعيد *Paleopsiche* . من كل ذلك وبعضه — على ما هو ظاهر — موروث اما وراثه فردية واما وراثه جماعية ، يتشكل العقل الباطن للانسان باعتباره أهم عنصر داخل في تكوين طبعه .

وفوق العقل الباطن ، تدخل في تكوين الطبع كل خصيصة تطبع الناحية الذهنية في الشخصية أو الناحية العاطفية أو الناحية العملية أى الناحية المتعلقة بانعقاد الارادة على الأمور . وكما تدخل في الاعتبار عند دراسة الطبع كافة أنواع القرارات الارادية ، يشمل البحث كذلك السلوك الغريزي والسلوك الآلى ، (أى السلوك الذى يصدر عن جزء من البنية هو الجهاز العصبي) . كما يمتد البحث الى تحديد مدى القوة المسكة عن الاندفاع الى الأذى ، أى قوة النوازع الخلقى ، سواء تمثلت هذه القوة في اطراح آلى لنوازع السوء

أو في اطراح واع بصير . ونحيل في تفصيل كل ذلك الى الجزء الأول من مؤلفنا في علم الاجرام .

غير أنه يعيننا أن نوجه الأنظار الى ملاحظتين :

الملاحظة الأولى : أنه يتعين في دراسة طبع المجرم مراعاة السن التي يكون عليها ، لما للسن من تأثير كبير على عملية تشكيل الطبع وتطوره ، بسبب ما يعترض نمو الانسان من أزمات مصاحبة لمراحل العمر نفسه ، كآزمة المراهقة وآزمة غروب شمس الجنس .

والملاحظة الثانية : أنه كلما كانت الحصيفة النفسية للمجرم مكتشفة به في سن مبكر ، كان هذا دليلا على أنها موروثه وليست مكتسبة .

ولا شك في أنه على أساس دراسة الطبع ، يمكن تقسيم المجرمين الى فئات وفصائل نحيل بشأنها الى الجزء الأول من مؤلفنا في علم الاجرام .

واذا كان القانون الايطالي قد أشار الى الطبع بدون أن يضع تعريفا له ، فقد قصد بذلك أن يستمد هذا التعريف من العلوم الطبيعية وعلى الأخص من علم النفس الجنائي .

ولما كان الطبع يختلف باختلاف الجرائم وباختلاف المجرمين ، فانه حسبنا في هذا المقام الذي لا يتسع لمزيد من التفصيل ، أن نقول ان الطبع المتوافر غالبا في المجرمين ، هو اما الطبع الضعيف ، واما الطبع غير الثابت ، واما الطبع الجياش غير الهادئ ، واما الطبع التهوري ، واما الطبع العدوانى . وواضح في هذه الأمثلة التدرج في القوة الدافعة الى تعدى حدود الصواب .

ذلك هو تفسيرنا للطبع بوصفه بالاضافة الى بواعث السلوك ، الامارة الثانية التي يستعان بها مع الجريمة المرتكبة في الكشف عن الخطورة الاجرامية لفاعل الجريمة .

وأما ثانية الامارات المضافة الى الجريمة فى الكشف عن الخطورة الاجرامية فهى سوابق المجرم الجنائية على الأخص والقضائية ، وبصفة عامة سلوكه وحياته فى الماضى السابق على وقوع الجريمة .

والمراد بالسوابق الجنائية ، الأحكام النهائية السابق صدورها على الشخص نفسه بسبب اجرامه فى الماضى . وهذه السوابق كما يعتد بها فى تغليظ العقوبة بسبب العود ، يكون لها وزن فى مرحلة أخرى لاحقة لمرحلة العود ، ومتجاوزة اياها ، ومثلة قدرنا من الخطورة أوفر من القدر المتوافر فيها ، وهذه المرحلة هى مرحلة اكتشاف الاعتقاد على الاجرام أو احترافه أو التشرب بالميل اليه ، وقد وضع لها قانون العقوبات الايطالى حكما خاصا .

ومتى غلظت العقوبة بسبب العود ، لا يصح أن يكون العود ، بعد تغليظ العقوبة ، محل اعتبار مرة أخرى للغلظة فى تحديد العقوبة المخالطة .

أما اذا صار العود متكررا ، فيضع القانون له حكما خاصا بالاضافة الى التغليظ المقرر فى حالة العود البسيط .

ذلك عن السوابق الجنائية .

أما عن السوابق القضائية ، فيراد بها كل حكم صدر فعلا ولو من محكمة أول درجة وتلاه عفو . كما يدخل فيها حتى الحكم بالبراءة متى كان مبنيا على التقادم أو على عدم كفاية الأدلة . ذلك لأنه يكون للحكم مغزاه حتى فى هذه الحالة ، من ناحية الكشف عن شخصية المجرم . وتشمل السوابق القضائية كذلك حتى الأحكام المدنية ، كذلك القاضية بالمحجر لفسه ، أو بسقوط أهلية أو بشهر الافلاس أو بالانفصال الزوجى خطأ من جانب أحد الزوجين .

والمراد بسلوك المجرم فى حياته السابقة على وقوع الجريمة ، ما يدر منه فى المدارس وفى معاهد التربية أو فى الاصلاحيات ، وفى الخدمة العسكرية ، وعلى الأخص ما أبداه من اعتياد على احتساء الخمر أو تعاطى المخدرات

أو لعب الميسر ، وما اذا كان شغوفاً بالعمل أم خاملاً ، مفتراً أم مسرفاً ، وما اذا كان مكترباً بأسرته أو غير مكترب بها الخ ... فاذا كان الأمر متعلقاً بموظف ، يستفسر عن طريقة قيامه في الماضي بواجبات وظيفته وما اذا كانت قد وقعت عليه جزاءات تأديبية الخ ...

* * *

وأما الامارة الثالثة الكاشفة مع الجريمة عن الخطورة الاجرامية ، فهي سلوك المجرم للمعاصر للجريمة واللاحق لها .

فتكون الخطورة الاجرامية أكبر ، كلما كان السلوك المعاصر للجريمة متمثلاً في عدم الاكتراث أو القضاظة أو البرود ، أو في الازدراء بالضحية والتخيل بها ، أو في وحشية الأسلوب الذي اتبع في تنفيذ الجريمة والذي قد يكون مصحوباً في حالات قصوى حتى بأفعال الاغتراس أى الأكل من جثة المجرم عليه أو الشرب من دمه .

أما السلوك اللاحق للجريمة ، فانه يكشف عن خطورة اجرامية أكبر ، كلما خلا من شعور الجاني بالندم على فعلته ، وذلك بأن يلتزم الجاني ببلادة شعورية ، أو ينام نوما هادئاً ، أن يذهب لقضاء وقت في اللهو ، أو لا يكثر أدنى اكتراث بمحنة المجرم عليه ، أو لا يشعر بأى رثاء له ولأسرته ، أو أن يسخر أو يشهر به ، أو يحس بالرضى على أثر اتمام تنفيذ الجريمة أو بالاستياء للاخفاق في تنفيذها ، أو تأخذه العزة بالجريمة أو يكون مرحاً في سرده لأمرها .

ومما له نفس الدلالة ألا تمر بمخاطر الجاني مطلقاً فكرة تعويض الضرر الناشئ من جريمته ، أو أن يكون عديم الحساسية في مواجهة شركائه ، أو أن يتبادل معهم التهم ، أو يكون شغله الشاغل الظفر بحكم غير قاس ، أو يلتزم تكتم جريمته ويصر على انكارها (في حين أن الايلاغ عن النفس والاعتراف يدلان على خطورة اجرامية أقل لا سيما اذا كانا صادرين عن توبة مخلصه) .

أما عودة الجاني الى مكان جريمته ، وان كان يغلب فيها أن تدل على قصور نظر أو على عدم احساس بوازع خلقى ، فقد تكون لها دلالة مغايرة كأن نم عن ندم أو عن حرص على ازالة ما خلفته الجريمة من آثار .

وشروع الجاني فى الانتحار أحيانا على أثر ارتكابه للجريمة ، تختلف دلالاته باختلاف الجناة . فان كان الجاني مجرما بالصدقة من النوع العاطفى دل شروعه فى الانتحار على احساسه بالندم ، وان كان مجرما عاديا دل ذلك الشروع منه على نقص فى غريزة الكيان والبقاء .

ومما له فى هذا المجال مغزى هام ، سلوك الجاني أثناء التحقيق وأثناء الحبس الاحتياطى وأثناء المحاكمة . فبدلا من أن يكون المجرم فى هذه المراحل كبير النفس ، فانه يتخذ ، اذا كان من ذوى الاعتقاد على الاجرام والميل اليه ، موقف عدم الاكتراث فى أثناء سير الدعوى ، أو نزعة تبجحية أو عدوانية أو غرورية لا سببا وقد صار قبلة الأنظار ، بل قد يسخر من الحكم بالادانة حتى ولو كان صادرا بالاعدام .

وأما سلوك الجاني أثناء تنفيذ الجزاء عليه ، فله أهميته على الأخص فى الافراج تحت شرط ، وفى انتهاء أو امتداد تنفيذ التدبير الوقائى . ولا يفوتنا هذه المناسبة التذكير بأن أسوأ المجرمين وعلى الأخص المعتادين ، يستمرثون الحياة فى السجن ، وبأنه يلزم معهم بالتبعية كثير من التبصر والخبرة لعدم الانخداع فى الاعتقاد بأن خطورتهم الاجرامية قد زالت عنهم .



والامارة الرابعة والأخيرة التى تكشف مع الجريمة عن الخطورة الاجرامية ، هى ظروف الحياة الفردية والعائلية والاجتماعية للمجرم .

ويلبخل فى هذه الظروف مدى ما أصابه الجاني من العلم ومن التربية ، ونوع العمل الذى يؤديه ، وبطالته ان كان عاطلا ، وحالته الاقتصادية الخ ...

كما يدخل في ذلك ما اذا كان الجاني ولدا شرعيا أو ولدا غير شرعي أو يتما من الوالدين ... الخ ، وما اذا كان أبواه عاملين أو متشردين ، وما اذا كانت والدته أو أخته تمارس الدعارة ، والطبقة الاجتماعية التي تنتمي إليها أسرته ، وكافة الظروف التي من شأنها أن تلقى ضوءا على الوسط الذي يعيش فيه الجاني .

تلك هي الامارات التي تكشف للقاضي عن الخطورة الاجرامية ، والتي عليه أن يتحرى عنها في سبيل القطع بوجود الخطورة الاجرامية أو عدم وجودها ، وبمداها في حالة وجودها .

ولا شك في أن الخطورة الاجرامية هي معيار تطبيق القانون الجنائي . فاما أن الجزاء بسبب وجودها لازم ، واما أنه بسبب تخلفها ورغم وجود الجريمة ، غير لازم . وحين يكون الجزاء لازما لوجود الخطورة ، يكون نوع الخطورة أساسا لتحديد نوع الجزاء ، ويكون مداها كذلك أساسا لتحديد مداه (١) .

ولقد سبق أن ذكرنا المعادلة الآتية :

جريمة + حرية اختيار + خطورة اجرامية = عقوبة .
والآن نصيغ المعادلة الآتية :

جريمة + انعدام حرية الاختيار + خطورة اجرامية = تدبير وقائي .
على أنه لما كان الوقوف على الخطورة الاجرامية وعلى مداها ، أمرا قد لا تتسع له طاقة القاضي ، فقد أحست دول كثيرة بالحاجة الى خبراء جنائيين يعاونون القاضي في أدائه لمهمته . ومن هذه الدول أمريكا وإنجلترا وألمانيا .

(١) يرجع الفضل في صياغة نظرية الخطورة الإجرامية على الوجه الذي بطناه وبالتفسير للمادة ١٣٣ من قانون العقوبات الإيطالي ، الى الاستاذ الدكتور فيليبو جرسيني في الموضع السابق بيانه من مؤلفه المألف ذكره .

ورغم أن المادة ٣١٤ من قانون الاجراءات الجنائية الايطالى ، تحظر على القاضى الاستعانة بخبير فى استظهار ما لدى الجانى من أحوال نفسية غير متوقفة على الجنون ، فان هذه المادة على كل حال محل انتقاد شديد من جانب أئمة القانون الجنائى فى ايطاليا .

ولقد نص قانون الاجراءات الجنائية المصرى فى المادة ٣٤٧ منه على أنه « يجب فى مواد الجنح والجنايات قبل الحكم على المتهم الصغير ، التحقق من حالته الاجتماعية والبيئة التى نشأ فيها والأسباب التى دفعته الى ارتكاب الجريمة ومجوز الاستعانة فى ذلك بموظفى وزارة الشئون الاجتماعية وغيرهم من الأطباء والخبراء » .

فهذا النص يسوغ الاستعانة بالخبراء فى الكشف عن الخطورة الاجرامية للحدث ، وعن نوعها ومداهما ان وجدت ، تمهيدا لتحديد الجزاء الكفيل بازالتها . غير أنه لا يوجد له مع الأسف نظير فى صدد المجرمين الكبار أى الذين جاوزوا من العمر خمس عشرة سنة^(١) .

والمأمول هو أن ترداد مع الزمن عناية المشرع بهيئة الوسائل الكفيلة بتحقيق شخصية المجرم كفاعل ، وعدم الاكتصار على تحقيق مادة الجريمة كفعل .

(ثالثاً)

فى النظرية العامة للمسؤولية

لما كانت المسؤولية بمعناها القانونى ، هى التزام الشخص بالخضوع لتدبير قانونى يتخذ معه قهراً ، لقاء سلوك يندر منه ، فانها بهذا المعنى ،

(١) ومن قبيل الاعتماد على الخطورة الإجرامية فى تحديد الأسلوب الذى يجرى عليه تنفيذ الجزاء ، ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ١٨ من قانون العقوبات المصرى وهو أنه « لكل محكوم عليه بالحبس البسيط لمدة لا تتجاوز الثلاثة شهور أن يطلب بدلاً من تنفيذ عقوبة الحبس عليه تشفيه خارج السجن طبقاً لما تقرر من قيود بقانون تحقيق الجنائيات إلا اذا نص الحكم على حرمانه من هذا الخيار »

تتوافر في مجال القانون الجنائي ، وذلك حين يكون السلوك المستوجب لها جريمة ، ويكون التدبير الذي تتخذ منه أداؤها في هذه الحالة هو الجزاء الجنائي .

.. ولما كان التدبير القهري هو أداة المسؤولية أيا كان نوعها ، جنائية كانت أم مدنية أم إدارية ، فإنه يحق التساؤل عن معيار التفرقة بين الجزاء الجنائي كأداة للمسؤولية الجنائية ، وبين الجزاء المدني كأداة للمسؤولية المدنية ، وذلك من حيث ماهية كل منهما والدور الإيجابي القانوني المعلق عليه .

ولكي تتجلى ماهية الجزاء الجنائي كأداة للمسؤولية الجنائية ، لابد من التقديم لذلك بالحديث عن ماهية الجزاء المدني .

الجزاء المدني يتخذ صورا أربعة :

١ - أما منع الفعل المخالف للقانون .

٢ - وأما تنفيذ الفعل الذي يفرضه القانون .

٣ - وأما إعادة الحالة الى أصلها *ripristino nello statu quo ante* .

٤ - وأما إعادة الحالة الى مقابلها .

فاذا ما قاد انسان مواشيه لترعى في أرض ليست له بدون اذن من مالك الأرض ، فيكون لهذا المالك أن يمنع الراعى من الاتيان بالمواشى الى الأرض لأن هذا تعرض غير مشروع للغير في ملكيته ، يعتبر فعلا مخالفا للقانون .

واذا تعهد مقاول بأن يقيم بناء في موعد معين ، بناء على عقد أبرمه مع رب العمل ، ولم ينفذ تعهده ، يجوز لرب العمل أن يعهد الى آخر بتنفيذ العمل المتعاقد عليه ، على نفقة المقاول المتخلف ، لأن الفعل محل التعاقد ، وللعقد قوته الملزمة قانونا ، متعين التنفيذ ، باعتباره فعلا يفرضه القانون (التنفيذ العيني - م ٢٠٣ وما بعدها من القانون المدني) .

وإذا أقام انسان كوخا فى أرض ليست له ، بدون اذن من مالك الأرض ، يكون لهذا المالك أن يزيل ذلك الكوخ ، ليعيد حالة أرضه الى أصلها (م ٩٢٤ من القانون المدنى) .

وإذا أتلّف انسان عمدا تحفة فنية لآخر ، وفى هذا القرض لا يمكن أن تعاد الحالة الى أصلها ، يكون على من أتلّف التحفة أن يعيد الحالة الى مقابلها أى أن يدفع الى صاحب التحفة قيمتها (التعويض م ١٦٣ وما بعدها ، م ٢١٥ وما بعدها من القانون المدنى) .

وظاهر من كل هذه الصور التى يتخذها الجزاء المدنى ، أن ماهية هذا الجزاء تنحصر فى إعادة الوضع المادى للأمر الى ما كان عليه قبل مخالفة القانون كما لو كانت هذه المخالفة لم تقع .

والهدف الاجتماعى القانونى من هذا الجزاء ، هو تعزيز حكم القاعدة القانونية ، عن طريق انزال الفشل بسلوك من خالفها والعمل على أن يفوت عليه الغرض الذى كان يقصده من هذه المخالفة ، بحيث تعود الأمور قدر المستطاع الى ما كانت عليه ، كما لو لم تكن قاعدة القانون قد خولفت .

ومن ثم فالجزاء المدنى يسحب أثره على الماضى ، أى يحدث مفعوله فى الوضع المادى للأمر على ما انتهى اليه بعد مخالفة القانون وقبل انزال الجزاء ، وذلك للعودة به الى حالته السابقة على مخالفة القانون .

أما الجزء الثانى ، فماهيته مختلفة ، ووظيفته الاجتماعية مغايرة ، كما ان وجهته ليست هى الماضى ، وانما هى المستقبل .

فماهى الجزاء الجنائى تطهير النفس من شوائبها أى من الخلل النفسانى الذى أفضى بصاحبها الى الجريمة ، وذلك كى لا يعود الى ارتكاب جريمة أخرى فى المستقبل .

والهدف من الجزاء الجنائى هو مكافحة الاجرام ، والحيلولة دون أن تكون الجريمة الواقعة مقدمة مهيأة لوقوع جرائم أخرى بالتبعية لها .

فالحال الذى يفعل فيه الجزء فعله ، هو نفسية فاعل الجريمة ونفسيات سائر الناس ، وذلك لمنع تكرار الجريمة سواء منه ، أو من واحد منهم ، ولا شأن للجزء الجنائى بمهمة أن يفوت على فاعل الجريمة غرضه من ارتكابها لأن تفويت غرضه عليه ، مهمة لا يؤديها ذلك الجزء ، وإنما يؤديها الجزء المدنى الذى يحكم به ، بالإضافة إليه ، وعن ذات الجريمة الواقعة .

لا شأن إذن للجزء الجنائى بالوضع المادى للأمر ، لأن هذا هو شأن الجزء المدنى . وإنما شأنه هو نفسيات الأشخاص لا ماديات الأمور .

كما أن وجهة الجزء الجنائى فى الزمن ، هى المستقبل لا الماضى ، أى العمل على ألا يقع فى المستقبل مثل ما وقع فى الماضى .

وقد يقال ان الجزء المدنى يؤدي كذلك وظيفة الجزء الجنائى ، بمعنى أنه هو الآخر يحمل مرتكب الفعل المخالف للقانون على عدم العودة الى هذا الفعل مستقبلا ، ولكن اذا سلمنا له بهذه الوظيفة ، فإنها تعد فى المكان الثانى بالنسبة لوظيفته التى تحتل المكان الأول ، وهى العودة بالأمور قدر المستطاع الى ما كانت عليه قبل ارتكاب الفعل المخالف للقانون .

وقد يقال من جهة أخرى ، ان الجزء الجنائى يؤدي كذلك وظيفة الجزء المدنى ، بمعنى أنه يعزز حكم القاعدة القانونية كما لو كانت مخالفتها لم تحدث ، ولكن تعزيزه لحكم هذه القاعدة ان صح ، لا يتعدى التعزيز الأدبى الرمضى ، لأنه ليس من وظيفة الجزء الجنائى القيام بالتعزيز الفعلى وبإعادة الأمور الى ما كانت عليه كما لو لم تكن قاعدة القانون قد أهدرت .

ومتى استقر أن الجزء الجنائى يحدث مفعوله فى نفسيات الناس للحيلولة دون أن تقع فى المستقبل جريمة مثل تلك التى وقعت ، بسبب خطورة الجريمة فى ذاتها وتبعيها عن سائر مخالفات القانون بأنها تحل بشروط الكيان والبقاء فى المجتمع ، لا فقط بشروط الحسن والكمال ، حتى أنه يعاقب حتى على الشروع فى ارتكابها ، متى استقر أن ذلك هو مفعول الجزء الجنائى أو الدور الاجتماعى القانونى المعلق على تطبيقه ، فإنا نفصل فيما يلى ، كيف يلعب الجزء الجنائى هذا الدور ؟

وليأن ذلك ، لابد من التمييز بين لحظات ثلاث ، اللحظة التشريعية ،
واللحظة القضائية ، واللحظة التنفيذية .

فالحظة التشريعية هي تلك التي توجه فيها قاعدة القانون خطابها
الى المحكومين بها منلرة اياهم بأن من سلك سلوكا معينا ، يلقى عنه جزاءا
معينا . وفي هذه اللحظة ، يؤدى الجزاء الجنائى وظيفة انذار جمهور المواطنين
ويضع أمام الدافع بهم الى الاجرام ، حائلا مانعا ، هو الخشية من الجزاء .
وهذا ما يعبر عنه بالمنع العام *prevenzione generale* .

وفي اللحظة القضائية يؤدى الجزاء وظيفة مزدوجة . فهو من جهة
يؤكد سلطان الدولة ويظهر أنها قابضة على زمام الأمور رغم الجريمة
المرتبكة ، وهو من جهة أخرى يمنع ارتكاب جرائم جديدة بالتبعية للجريمة
الواقعة . ذلك لأنه اذا لم تتخذ مع الجاني اثر جريمته اجراءات القبض
والتحقيق والمحاكمة ، يقتصر منه الهوى عليه ان كان هذا لا يزال حيا ،
أو تقتصر منه عشرة الهوى عليه ان كان هذا قد فارق الحياة ، أو يقتصر منه
جمهور المواطنين أذ تثير الجريمة نائرة غضبهم واستهجانهم ، فيندفعون نحوه
ويفرغون فيه شهوة التشفى منه ، كما انه لو لم تتخذ مع الجاني تلك الاجراءات
القضائية ، لا يتورع غيره من محاكاته في جريمته بفعل سريان عدوى الجريمة
والوباء الجنائى *contaggio ed epidemia criminale* .

وفي اللحظة التنفيذية تكون وظيفة الجزاء تقويم اعوجاج الجاني ،
وازالة الخلل النفسانى الذى أفضى به الى الجريمة ، أو حمله فى القليل
على مقاومة هذا الخلل وعدم الانسياق له وعلى العمل فى سبيل ألا يفلت
بسيه زمام نفسه من يده . وهذا مايسمى بالمنع الخاص *prevenzione speciale* ،
ووجه الخصوصية فيه أنه منصب على شخص معين بذاته هو شخص المحرم ،
فى حين أن المنع العام ، وجه العمومية فيه أنه منصرف الى عموم المواطنين .
وقد يؤدى الجزاء الجنائى وظيفة استئصال المحرم من جسم المجتمع عن طريق
اعدامه ، حين لا يطبق الضمير العام بقاء المحرم على قيد الحياة عقب الجرم
الواقع منه .

• • •

ذلك هو الفارق الجوهرى بين المسؤولية الجنائية وبين المسؤولية المدنية .
وتنبئ على اختلاف الجزاء الجنائى عن الجزاء المدنى من حيث الطبيعة ،
الآثار القانونية الآتية :

(أولاً) أنه بينما يتوقف وجود الجزاء الجنائى ومداه ، على الخطورة
الاجرامية وجوداً ومدى ، فان الجزاء المدنى لا شأن له أصلاً بهذه الخطورة
ولا يعبأ بوجودها أو بتخلفها ، لأن همه الوحيد وشغله الشاغل هو العودة
بالأمور الى ما كانت عليه قبل مخالفة القانون ، بصرف النظر عن تقسية
من صدرت منه هذه المخالفة ، ووفقاً بمن كان ضحية للمخالفة نفسها .

(ثانياً) أنه لما كان الجزاء الجنائى يتعلق به حق المجتمع فى الكيان
والبقاء ، فان زمام الدعوى عنه فى يد النيابة العمومية لا فى يد المجنى عليه
كما هو الحال فى الجزاء المدنى .

(ثالثاً) أن وفاة الجانى تسقط الجزاء الجنائى ، ولكنها لا تسقط الجزاء
المدنى ، اذ يمكن اعمال الجزاء المدنى فى تركة المتوفى .

(رابعاً) أن التنازل عن الجزاء الجنائى لا يملكه أحد لأن هذا الجزاء
حق المجتمع ، فى حين أن التنازل عن الجزاء المدنى ممكن متى شاء المجنى عليه
هذا التنازل .

(خامساً) أن تغاير الجزاءين من حيث الطبيعة والوظيفة ، يجوز
بسببه اجتماعهما معا عن السلوك الاجرامى الواحد ، متى ترتب على هذا السلوك
اخلال بالوضع المادى للأمور ألحق الأذى بشخص ما ، فيزال هذا الاخلال
للعودة بالأمور مادياً الى ما كانت عليه ، وذلك بالإضافة الى توقيع الجزاء
الجنائى .

• • •

أظهرنا بما تقدم ، ماهية الجزاء الجنائى ووظيفته ، ولم نتحدث
حتى الآن عن تصنيفه وتنويمه . وتصنيف الجزاء معناه تصنيف المسؤولية .

والسبب في هذا التصنيف هو التعدد في الوسائل اللازمة لتحقيق الغرض العام من المسؤولية ومن الجزاء كأداة لها ، واستحالة أن يتحقق هذا الغرض بوسيلة وحيدة .

فقد قلنا ان الغرض من الجزاء الجنائي كأداة للمسؤولية الجنائية ، هو منع وقوع جريمة أخرى من ذات الشخص الذي أجرم ، باعتبار أن المنع الخاص - طبقا للاتجاه الحديث في السياسة الجنائية - أولى بالاعتبار من مقتضيات المنع العام ، لكون الأنسب والأكرم لأدمية المحرم ، والأأنفع والأصلح للمجتمع ، ألا يسحق المحرم معقبا بسبب ما بدر منه ، وأن يضع المجتمع يده في يده كمن يستحق موات ما في إنسانيته من قيمة كامنة ، ويزيل ما علق بنفسيته من شائبة فاسدة ، ويأخذ بناصره ، وينتشله من وهنته ، ليحوله الى عضو نافع في الجسم الاجتماعي .

فهذا السبيل ، وبه وحده ، لا تترك في جمهرة الشعب بقية باقية من كفايات مستكنة دون استغلال لها ، كما يأمن الشعب في الوقت ذاته أن يظل أصحاب هذه الكفايات وبالا عليه ومصدرا لاجرام هدام لكيانه .

ولما كانت الوسيلة الكفيلة بتحقيق هذا الهدف ، على ما ذكرنا ، لا يمكن أن تكون وحيدة ، بل لا بد بطبيعة الحال من أن تكون متعددة متنوعة تنوع المجرمين ، لم يكن بد من أن يتنوع الجزاء الواجب توقيعه بتنوعهم .

فمن المجرمين من لا يلزم معهم أى جزاء ، لانقضاء خطورتهم - على ما ذكرنا - في الكلام عن الخطورة الاجرامية - وبالتالي لا يكون ضروريا في سبيل منعهم من اجرام جديد أن يلحقوا جزاءا على الجريمة الواقعة منهم ، اذ يكفي في شأنهم ما اتخذ معهم بسبب هذه الجريمة من اجراءات تحقيق ومحاكمة .

ومن المجرمين من يلزم توقيع الجزاء الجنائي عليهم ، تبعا لوجود الخطورة الاجرامية فيهم ، وهؤلاء هم مجال الكلام عن تصنيف المسؤولية وتنوع الجزاء .

فاذا كان المجرم ممن يستطيعون الاقلاع عن الجريمة اذا شاموا وايثار طريق آخر عليها ، بدلا من التزام السر في طريقها ، كانت وسيلة حله حملا على هذا الاقلاع ، هي ايلامه بسبب الجريمة التي وقعت منه ، حتى يتذوق ما يجره ارتكابها من ألم له ، فلا يعود اليها مستقبلا كي لا يعاني بسببها نفس الألم مرة أخرى .

فاذا كانت وسيلة الجزاء الى المنع من الاجرام ، هي الايلام ، سمى هذا الجزاء عقوبة .

أما اذا كان المجرم مجنونا أو حدثا صغيرا ، لا يستطيع الاقلاع عن الجريمة واختيار غيرها ، بسبب كونها نتيجة حتمية للمرض العقلي أو لعدم بلوغ النضج النفساني ، فان ايلامه لا يحمي في الحيلولة بينه وبين الجريمة ، مادام باقيا لديه المرض العقلي أو القصور عن بلوغ النضج النفساني .

ويكون السبيل الى منعه من العود الى الاجرام ، لا ايلامه ، وإنما علاج مرضه العقلي المنتج للجريمة أو علاج قصوره عن بلوغ النضج النفساني .

فاذا كانت وسيلة الجزاء الى المنع من الاجرام ، هي العلاج ، سمى هذا الجزاء بالتدبير الوقائي .

وليس بلامزم أن تكون العقوبة ايلاما بحثا بدون علاج ، بل ان هذا محظور ممنوع حسب الأسلوب المصري المستقر عليه في تصوير العقوبات وفي أسلوب تنفيذها .

ذلك لأن العقوبة وان كانت وسيلتها الى المنع هي ايلام الجاني (١) ، فانها لا تخلو ، بل لا يجوز أن تخلو من علاج كذلك ، اذ يجب أن يقرن بها

(١) وهذا الإيلام يمثل في حرمانه من الحرية والزج به بين جدران السجن ، وتوقيع جزاءات تأديبية عليه عند مخالفته نظام السجن منها الجلد ، ومنها العزل في الزنازاة (تراجع المادة ١٣ من القانون رقم ٣٩٦ لسنة ١٩٥٦ في شأن تنظيم السجون) .

هذا العلاج سواء في صورة الطب النفساني والجنائي ، أو في صورة التعليم المهني .

ومن جهة أخرى ، ليس بلازم في التدبير الوقائي أن يكون علاجاً بحتاً ، فتوبيخ الصغير في الجلسة ، وإن كان علاجاً ، لا يخلو مع ذلك من إيلاء . وحتى إيداع المجنون في المستشفى ، لا يخلو من إيلاء ، على الأقل في نظر الجمهور العام ، وإيداع المحدثات إصلاحية الأحداث ، أو الرجل إصلاحية الرجال لا يخلو من إيلاء على الأقل من ناحية ما فيه من تقييد الحرية ، وعلى الرض من كونه تدبيراً واقعياً .

وكل ما نبغي تقريره في تحديد طبيعة العقوبة من جهة ، وطبيعة التدبير الوقائي من جهة أخرى ، أنه حيث يكون الإيلاء في الجزء غالباً على العلاج ، كان الجزء عقوبة ، وأنه حيث يكون العلاج في الجزء غالباً على الإيلاء ، كان الجزء تدبيراً واقعياً .

فالعبارة بما في الجزء من نسبة ألم ، وبما فيه من نسبة علاج ، وبما إذا كانت إحدى النسبتين طاغية على الأخرى . فإن طغت الأولى كنا في صدد عقوبة ، وإن طغت الثانية كنا في صدد تدبير وقائي .

ولا يمارى أحد في فاعلية الألم كوسيلة لتطهير النفس من نوازع الفساد فيها ، عن طريق إشعارها بما يجره الفساد من عاقبة بغيفية ، هي التألم بسببه .

غير أن ألم العقوبة سلاح ذو حدين ، يتعين فيمن يمسك به أن يحسن استخدامه ، لأن تجاوز الألم للحد المناسب ، ينقلب به إلى تحقيق عكس المقصود منه ، فبدلاً من أن يؤدي الإيلاء المغالى فيه إلى ترك الجريمة ، يفضي إلى رد فعل عكسي ، هو الإصرار على الجريمة ، مخطأ واحتجاجاً .

ومن المجرمين أخيراً ، من استمروا ألم العقوبة واعتادوا عليه حتى صارت نفوسهم غير قابلة للشعور به مهما استمر وتكرر ، وليس لجرح بميت إيلاء . ويسمون في عرف الفقه الجنائي بعدم القابلين للتقويم *incorreggibili*

أما أن تقويمهم مستحيل حقيقة ، فهذا ما لا يسهل القطع به . والمقصود بهم العائلون عودا متكررا .

وكل ما يترتب على استمراهم ايلام العقوبة ، أن يتبع في تقويمهم سبيل آخر غير هذا الايلام ، يغلب فيه العلاج على الايلام ، أى أن يتخذ معهم تدبير وقائى .

فقد كانت المادة ٥٢ من قانون العقوبات المصرى ، تنص قبل الغائها بالقانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٦ ، على الوضع فى اصلاحية الرجال .

وتنص المادة ٢١٦ من قانون العقوبات الايطالى : على الايداع لأجل غير مسمى فى مستعمرة زراعية أو فى إحدى مؤسسات العمل *assegnazione a una colonia agricola o ad una casa di lavoro.*

والاختيار بين المستعمرة الزراعية وبين مؤسسة العمل ، يتوقف على نوع الجانى من بين أنواع الرجال ، واستعداده للزراعة أو للعمل فى الصناعة (م ٢٢١٨ من قانون العقوبات الايطالى) .

وينص القانون الفرنسى الصادر فى ٢٧ مايو ١٨٨٥ على النفى المؤبد خارج فرنسا .

وقد انتقد الأستاذ Filippo Grisigni ما قرره المادة ١٠٩ من قانون العقوبات الايطالى ، من جمع بين العقوبة المشددة بسبب الاعتياد على الاجرام ، أو احترافه ، أو التشرب بالميل اليه ، وبين التدبير الوقائى السالف ذكره وهو الايداع لأجل غير مسمى فى مستعمرة زراعية أو فى إحدى مؤسسات العمل^(١) ، اذ أن تلك المادة أوجبت توقيع ذلك التدبير الوقائى ، بعد أن يستوفى المحكوم عليه العقوبة المشددة ، وبالإضافة إليها .

(١) يرجع فى ذلك الى تقريره المقدم الى المؤتمر الدولى السادس لقانون العقوبات المنعقد فى روما سنة ١٩٥٣ ، وهما التقرير منشور فى المجلة الدولية لقانون العقوبات س ٢٤ عدد ٣ - ص ٧٥٧ - ص ٨٠٤

ولا شك في أنه - رحمه الله - محق في هذا الانتقاد .

ذلك لأن العقوبة كوسيلة إيلام تتعارض مع التدبير الواقى الشخصى كوسيلة علاج ، ولا يسوغ الجمع بينهما معا فى معاملة مجرم واحد بعينه ، اذ الطبيعى أن يحكم عليه اما بالعقوبة واما بالتدبير الوقائى الشخصى طبقا لما تقتضيه حالته ، لا بهما معا .

ومادامنا قد سلمنا بأن المجرم لا يشعر بعد بألم العقوبة تبعا لاعتياده على هذا الألم بل لاستمراته اياه ، فأى جدوى ترجى بعد ذلك من تكرار ضير المهيلى ؟

ولقد أوصى بعدم الجمع بين الجزاءين ، المؤتمر الدولى للقانون الجنائى وعلم العقاب المقنود فى لاهائ سنة ١٩٥٠ ، والمؤتمر الدولى للقانون الجنائى المقنود فى روما سنة ١٩٥٣ والمقدم اليه تقرير الأستاذ جرسينى المنوه عنه . كما يجرى فعلا على عدم الجمع بين الجزاءين القانون السويدى الصادر سنة ١٩٣٧ ، والقانون الانجليزى criminal justice act الصادر سنة ١٩٤٨ والقانون اليونانى الصادر سنة ١٩٥٠ ، كما كانت تجرى عليه فعلا المادة ٥٢ من قانون العقوبات المصرى قبل الغائها^(١) .

والواقع أن الجزاءين ، كما قلنا ، نوعان من نفس الجنس ، ووسيلتان مختلفتان لتحقيق نفس الهدف ، ومن ثم فالواجب هو تخير أصلحهما للمجرم لا الجمع بينهما .

• • •

وتصنيف الجزاء ، لا يقف عند تقسيمه كجنس ، الى نوعى هذا الجنس وهما العقوبة والتدبير الواقى ، وانما يمتد تصنيفه كذلك الى النوع الواحد ، بتقسيم كل من النوعين فرعيا وبلوره الى عدة أصناف .

(١) ومع ذلك أعلنت المادة ١٦٦ من مشروع قانون العقوبات الموحد بالجمع بين الجزاءين .

فكما أن العقوبة تنقسم الى مقيدة للحرية ومالية (١) ، ولا يلزم عند كونها مالية أن تتناسب مع الضرر الناتج من الجريمة ، لأن هذا التناسب خصيصة التعويض كجزء مدنى يعيد الأمور الى ما كانت عليه ، وكما تنقسم العقوبة المقيدة للحرية الى أشغال شاقة ومحبس ، ينقسم التدبير الوقائى هو الآخر ، الى تدبير وقائى شخصى وتدبير وقائى عيى .

فالتدبير الوقائى الشخصى ، يعالج المجرم بأسلوب منصب على شخص المجرم ، أما التدبير الوقائى العيى ، فيعالج المجرم بأسلوب منصب على شىء استخدمه المجرم فى الجريمة أو حصل عليه منها ، وذلك لتفادى أن يعود المجرم الى استخدام ذلك الشىء فى مثل الجريمة مرة أخرى ، أو أن يعود الى الحصول عليه بمثلها . وصفة العيىة فى التدبير الوقائى العيى ترجع الى كونه منصبا على شىء أى عين مادية ، ولو أنه يهدف هو الآخر الى علاج المجرم نفسه .

ومن قبيل التدابير الوقائية الشخصية فى قانون العقوبات المصرى ، ايداع المجنون المجرم مستشفى الأمراض العقلية (م ٣٤٢ من قانون الاجراءات الجنائية (٢) ، وايداع المتسول غير الصحيح بنية ، ملجأ من الملاجىء (م ٨ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٣ الخاص بتحريم التسول) ، وايداع معتادى ممارسة الفجور أو الدعارة مؤسسات اصلاحية (م ٩ من القانون

(١) يرجع فى تقسيمات العقوبة الى الأحكام العامة فى قانون العقوبات للأستاذ الدكتور السيد مصطفى السيد - ١٩٥٧ - ص ٣٧ تحت عنوان "تقسيم العقوبات بالنظر الى ما تصيبه فى المحكوم عليه : عقوبات بدنية ومقيدة للحقوق وبسالة لحرية ومالية وماسة بالاعتبار" .

(٢) أما ما ينص عليه القانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٤٤ من حجب المصائبين فى قوائم العقوبة ، الذين لم يرتكبوا جريمة ، فليجاء ادارى لا قضائى ، يدخل فى قانون البوليس لا فى القانون الجنائى ، وتلك المادة الرابطة من القانون المذكور على أن من شروط اتخاذها ، انطوارة الإجرامية .

رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة (١) ، والتدابير المنصوص عليها في المادة ٦٥ والخاصة بجرائم الحدث الذي لا يتجاوز عمره ١٢ سنة (٢) ، والتدابير المنصوص عليها رقم ١٢٤ لسنة ١٩٤٩ بشأن الأحداث المتشردين ، والوضع تحت مراقبة البوليس رغم أن قانون العقوبات سماه خطأ في المادة ٢٤ منه ، بالعقوبة التبعية ، وذلك لأن العلاج فيه غالب على الايلام ، ووضع المتشردين والمشتبه فيهم تحت مراقبة البوليس (م ٢ ، ٦ من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥) ، وحظر اقامة المحكوم عليه بالاعدام أو بالأشغال الشاقة ، لجناية قتل أو شروع فيه أو ضرب أفضى الى موت بعد سقوط عقوبته بمضى المدة ، في دائرة المديرية أو المحافظة التي وقعت فيها الجريمة (م ٥٣٣ من قانون الاجراءات الجنائية) .

ويلاحظ أنه في حالة التسول ، وحالة التشرّد ، يتعلق الأمر بخطورة اجرامية ، جعل القانون منها في ذاتها جريمة ، رغم أنها لم تفض بعد الى جريمة بالفعل (٣) (كما في الصور المختلفة لتشرّد الحدث ومنها حالة جمع أعقاب السجائر المنصوص عليها في الفقرة (ب) من المادة الأولى من القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٤٩) . والجزاء الجنائي الذي تقرر لتشرّد الحدث هو التدبير الوقائي الشخصي لا العقوبة ، أما الجزاء الذي تقرر لحالة التسول وحالة الاعتداء على ممارسة الفجور والدعارة ، فيجمع بين العقوبة والتدبير الوقائي الشخصي على نحو سبق لنا بيان وجه النقد فيه .

(١) وايذاع المسول الملجأ ، وايذاع المعتاد ممارسة الفجور أو الدعارة مؤسسة إصلاحية ، كل منهما تدبير وقائي يضاف الى العقوبة وينفذ بعد انتهاء تنفيذها .

(٢) أما مسؤولية الحدث المتجاوز عمره ١٢ سنة والذي لم يتجاوز مع ذلك ١٥ سنة ، فغارة تكون رقابية ، وقارة تكون عقابية ، حسب تقدير القاضي ، وبشرط عدم توقيع عقوبة أشد من الحبس إذا رُئي أن تكون مسؤوليته عقابية ، وذلك على التفصيل المبين بالمادتين ٦٦ ، ٦٧ وما بعدها . أما الحدث الذي تجاوز ١٥ سنة ولم يتجاوز ١٧ سنة ، فمسؤوليته عقابية بمحض مع اصفائه من عقوبتي الاعدام والأشغال الشاقة . فإذا كان الحدث متجاوزا ١٧ سنة ولو ليوم واحد ، أصبحت مسؤوليته العقابية كاملة غير مقيدة .

(٣) على بنوى - المرجع السابق - ط .

أما التدابير الواقية العينية فن قبيها المصادرة رغم أن قانون العقوبات سماها خطأ في المادة ٢٤ منه بالعقوبة التبعية . ومثاها مصادرة الأشياء التي تستعمل في جناية أو جنحة أو تحصل منها (م ٣٠) ، ومصادرة الموازين والمكاييل والمقاييس المغشوشة (م ١١ من القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٥١) ، ومصادرة المواد المخدرة (م ٤٢ من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠) ، ومصادرة النقود والأمتعة في محال القمار واليانصيب (المادتان ٣٥٢ ، ٣٥٣ ع) .

ويعتبر تدبيرا واقيا عينيا كذلك ، اغلاق الصيدليات والمحال المرخص لها بالالتجار في المواد المخدرة اذا وقعت فيها جريمة مخدرات (م ٤٧ من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠) ، واغلاق المحال العمومية (م ٣٦ ، ٣٧ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦) ، واغلاق بيوت الدعارة (م ٨ ، ٩ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١) .

ومن ذلك أيضا تعطيل الجرائد المنصوص عليه في المادتين ١٩٩ ، ٢٠٠ من قانون العقوبات .

. . .

على أن التدابير الواقية المتقدم ذكرها ، قد استخلصت من مواضع شتى في قانون العقوبات وفي القوانين الخاصة ، ولا يوجد باب مستقل خاص بها في قانون العقوبات ، خلافا للأمر في القانون الايطالي .

بل ان عبارة « التدبير الواقى » لم يرد لها ذكر في أى نص من النصوص الجنائية . وكل ما ورد من تعبير عن فكرة التدبير الواقى ، لم يكن الا لفظا جاء في مذكرة تفسيرية لقانون ، لا في نص القانون ذاته ، ونعنى بذلك المذكرة الابضاحية للقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٤٩ الخاص بنشر الأحداث ، اذ أنها أطلقت على الأجزية المقررة في هذا القانون اسم « التدابير » .

ولا شك في أنه يتعين ، مجازاة للاتباه العصرى الحديث في التشريعات الجنائية ، ومراعاة للأهمية القصوى التي اكتسبتها التدابير الواقية في مجال

الجزء الجنائي ، أن يرد لها في قانون العقوبات لا ذكر صريح فحسب ،
وانما باب كامل مخصص لها وينظم بالتفصيل أحكامها .

فهذا ما فعله القانون الإيطالي كما قلنا ، إذ أفرد الباب التاسع منه للتدابير
الواقية ، وقسمها الى تدابير واقية شخصية *misure di sicurezza personali* ،
وتدابير واقية عينية *misure di sicurezza patrimoniali*

وقسمت المادة ٢١٥ من قانون العقوبات الإيطالي التدابير الشخصية ،
الى مقيدة للحرية مثل الإيداع في مستعمرة زراعية أو مؤسسة للعمل ،
والى غير مقيدة للحرية مثل مراقبة البوليس *liberta vigilata* . وتناولت
المادة ٢٣٦ التدابير الواقية العينية ذاكرة منها المصادرة والكفالة المالية ضمانا
لحسن السلوك *cauzione di buona condotta* .

وقد جرى مشروع قانون العقوبات الموحد للجمهورية العربية المتحدة
على ذلك النهج بأن أفرد الفصل الثالث من بابه الرابع الخاص بالجزاء ،
للتدابير الاحترازية .

ويسرنا أن نسجل نزعة تقديمية أخرى بلدت من جانب المشرع
في نصوص صارت بالفعل قانونا ، وليست مجرد مشروع قانون ، ونعني
بها القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ في شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها
والانجار فيها ، وتلك النزعة هي عدم الجمع بين العقوبة وبين التدبير الواقى
الشخصى .

فتنص المادة ٣٧ من ذلك القانون على أنه :

« يعاقب بالسجن وبغرامة من خمسمائة جنيه الى ثلاثة آلاف جنيه مصرى
أو من خمسة آلاف ليرة الى ثلاثين ألف ليرة سورية ، كل من حاز أو أحرز
أو اشترى أو أنتج أو استخرج أو فصل أو صنع جواهر مخدرة ، أو زرع
نباتا من النباتات الواردة في المجدول رقم (٥) أو حازها أو أحرزها
أو اشترها ، وكان ذلك بقصد التعاطى أو - الاستعمال الشخصى - وذلك

كله ما لم يثبت أنه رخص له بذلك بموجب تذكرة طبية أو طبقاً لأحكام هذا القانون .

ولا يجوز أن تنقص مدة الحبس عن ستة أشهر في حالة تطبيق المادة ١٧ من قانون العقوبات المصرى أو المادة ٢٤٣ من قانون العقوبات السورى .

ويجوز للمحكمة بدلاً من توقيع العقوبة المنصوص عليها في هذه المادة ، أن تأمر بإيداع من ثبت ادمانه على تعاوى المخدرات احدى المصحات التى تنشأ لهذا الغرض ليعالج فيها الى أن تقرر اللجنة المختصة ببحث حالة المودعين بالمصحات المذكورة الافراج عنه ، ولا يجوز أن تقل مدة البقاء بالمصحة عن ستة أشهر ولا تزيد عن ستة » .

بل أضافت المادة في نهايتها الفقرة الآتية :

« ولا تقام الدعوى الجنائية على من يتقدم من متعاوى المواد المخدرة من تلقاء نفسه للعلاج » .

وهذا نصر باهر لمبدأ عدم جواز الجمع بين العقوبة وبين التدبير الوقائى الشخصى .

وأخيراً فقد جعل القانون الايطالى للقاضى اشرافاً على تنفيذ الجزاء الجنائى سواء أكان عقوبة (م) ١٤٤ من قانون العقوبات الايطالى) ، أو كان تدبيراً واقياً (م) ٦٣٥ من قانون الاجراءات الجنائية الايطالى) .

هذا القاضى يسمى بالقاضى المشرف giudice di sorveglianza

وقد عهدت اليه المادة ١٤٤ من قانون العقوبات الايطالى بمهمة البت فى السماح للمحكوم عليه بالعقوبة ، بأن يشتغل بعمل خارج السجن ، وكذلك البت فى الافراج عنه تحت شرط .

وعهدت اليه المادة ٦٣٥ من قانون الاجرامات الجنائية الايطلل بأن يشرف على تنفيذ التدابير الوقاية ، بل جعلت له أن يعدل التدبير وأن يحل آخر محله ، وأن يبت في انتهاء العمل بالتدبير تبعا لزوال الخطورة الاجرامية عن المحكوم عليه بالخضوع للتدبير (م ٢٠٧ من قانون العقوبات الايطلل) .

أما في مصر فانه وان كان للسلطة القضائية اشراف على السجون (م ٤٢ من قانون الاجرامات الجنائية) ، الا أن الافراج تحت شرط في العقوبات ، يبت فيه مدير عام السجون (م ٥٣ من القانون رقم ٣٩٦ لسنة ١٩٥٦) .

والاشراف القضائي على تنفيذ التدابير الوقاية ، لم يقرره التشريع المصري الا في صدد المجرمين والمتشردين الأحداث ، وبحيث ألا يشرف القاضي على تنفيذ التدبير فحسب ، بل يملك كذلك تعديله واحلال آخر محله ، رغم قوة الشيء المقضي فيه (م ٣٥٩ ، ٣٦١ من قانون الاجرامات الجنائية في صدد اجرام الأحداث ، م ٨ من القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٤٩ لسنة ١٩٤٩ في صدد تشرد الأحداث) .

أما التدابير الوقاية الشخصية المحكوم بها على المجرمين الكبار ، فليس للقاضي على تنفيذها نفس الاشراف .

بل انه حتى في التدابير الوقاية الخاصة بالأحداث ، ليس القاضي هو الذي يبت في الافراج عن الحدث ، وانما الذي يبت في هذا الافراج هو وزير العدل ان كان الحدث المتخذ معه التدبير مجرما (م ٧٠ من قانون العقوبات) ، ووزير الشؤون الاجتماعية اذا كان الحدث المتخذ معه التدبير متشرداً (م ١٠ من القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٤٩) .

ولا شك في أن القاضي ، وقد درس القضية ، فعلا وفاعلا ، له
من الدراية بأمرها ، ما يبرر أن يعهد اليه بالإشراف على تنفيذ التدبير الواقع
وعلى انتهاء هذا التنفيذ ، وله أن يستعين في كل ذلك برأى الخبراء .

• • •

ذلك هو الاتجاه الحديث في نظرية الفعل والفاعل والمسؤولية ، نرجو
أن يكون النجاح قد حالفنا في استظهاره وإبرازه ، والله ولي التوفيق .

العرف في القانون الدولي

للدكتور محمد طلعت الغنيمى

مدرس للقانون الدولي العام بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

مدخل الى البحث :

يشغل العرف مكانة هامة في دراسات القانون الدولي نظرا للدور الخطير الذى يؤديه في نطاق الجماعة الدولية بسبب ما يتسم به القانون الدولي العام حتى الآن من افتقاره الى مشروع دولى بالمعنى الصحيح ، فن البديهي أنه اذا انعدم المشرع وكان ذا سلطان ضعيف في الجماعة فان العرف الصحيح يصبح هو المظهر الغالب لقانون تلك الجماعة . وتوضيح ذلك أن كيان الجماعة يقتضى وضع حدود لنشاط أفرادها حتى لا يكون نشاط عضو سببا في تحطيم الأعضاء الآخرين لا سيما وأن الفرد ينحو بطبيعته الى التحكم ، وتحديد نشاط الافراد - أو أعضاء الجماعة - هو مهمة القانون فان وجدت السلطة التشريعية وقع عليها عبء تنظيم ذلك النشاط والا فان أعضاء الجماعة يتعارفون على قواعد ترتب ذلك النشاط ، وهذه القواعد هى التى نسميها بالقواعد العرفية أو العرف . ونظراً لأن الجماعة الدولية لم تعرف بعد المشرع الدولي ذا السلطات الفعلية فان مهمة تحديد حريات ونشاط أعضائها يعود أساساً الى ما تتعارف عليه من قواعد فيما بينها أى الى العرف .

وقد جرت عادة الفقهاء على دراسة العرف عند الكلام على مصادر القانون الدولي العام . والحق ان دراسة القانون الدولي العام تتميز بالترابط بين موضوعاته المختلفة بمعنى أن دراسة أية فكرة من أفكاره تستدعى دراسة الكثير من أفكاره الأخرى حتى يمكن تفهمها على نحوها الصحيح وعرضها عرضاً واضحاً . ومن ثم فقد يكون من الأوفق أن نساير الطريقة التقليدية

فى دراسة العرف وذلك بأن تقدم لبحثنا بفصل يناقش مصادر القانون الدولى . ونظرا للخلاف الشديد بين فقهاء القانون الدولى العام على مصادر ذلك القانون فاننا سنتبع عرض المدارس المختلفة فى المصادر بفصل نعلق فيه على آراء الفقهاء وننتهى الى رأينا فى الخلاف ثم نختتم البحث بفصل ثالث يناقش العرف ومكانه من القانون الدولى العام .

ومن ثم يمكن أن نقسم البحث الى ثلاثة فصول :

١ - فصل أول فى الكلام عن المدارس التى تعالج مصادر القانون الدولى العام .

٢ - فصل ثان فى التعليق على تلك المدارس ورأينا فى الموضوع .

٣ - فصل ثالث فى تحديد العرف ومكانه من القانون الدولى العام .

الْقَضَاءُ

فِي

المدارس التي تعالج مصادر القانون الدولي العام

تمهيد :

اختلف الفقهاء في توضيحهم لمصادر القانون الدولي العام مذاهب شتى ليس من السهل تجميعها تحت نظريات رئيسية الأمر الذي دعى الكثيرين ممن يتعرضون لتوضيح آراء المدارس المختلفة في مصدر القانون الدولي العام الى تعداد الفقهاء البارزين وذكر رأى كل منهم على حدة . ولا شك أن اتباع هذا المنهج في العرض يترتب عليه تشتت الدراسة والبعد بها عن غرضها الأساسي هنا وهو التمهيد لتحديد العرف ومكانه من القانون الدولي العام . ومن ثم فإن الذي يناسب طريقتنا في البحث هو تجميع المدارس تحت عناوين رئيسية توضح أهم المعالم التي اتسمت بها مختلف الآراء في الموضوع .

ومن الفقهاء الذين حاولوا تجميع المدارس في مجموعات تضم كل منها المدارس التي تتميزها فكرة رئيسية معينة الفقيه أوبنهايم الذي قسم المدارس الى ثلاثة تصنيفات^(١) :

١ - مدرسة القانون الطبيعي ، ويعنى بها المدارس التي لا تقر بقانون ذاتي ينظم العلاقات بين الدول المستقلة وإنما تعتبر القانون الدولي العام جزءاً من الطبيعة^(٢) .

(١) Openheim- The Science of International Law, American Journal of International Law, 1908, p. 326.

(٢) أو هي - على حد تعبير أوبنهايم - المدارس التي لا تقر بأن "maintain that no private law is possible for the regulation of the intercourse of the Sovereign States and that therefore all so-called international law is not law but only a part of nature."

٢ - مدرسة القانون الوضعي ، وهي التي ترجع القانون الدولي العام الى المعاهدات والعرف وذلك على أساس أن العرف اتفاق ضمني tacite conventio . ولذا لا تعترف بقواعد أخرى عدا القواعد الاتفاقية التي تحويها المعاهدات أو يتضمنها العرف .

٣ - المدرسة الجروسيسوية - نسبة الى الفقيه جروسيسوس - ويعنى بها المدرسة التي تقر في ذات الوقت بقانون دولي وضعي وآخر دولي طبيعي .

وقد كان تصنيف أوبنهايم محل انتقادات شديدة أبرزها أنه انتهى الى نتائج غير مقبولة ، فهو مثلاً قد فصل جروسيسوس عن مدرسة القانون الطبيعي رغم أن جروسيسوس يلقب بأبي القانون الدولي والقانون الطبيعي . كما اعتبر زوخ وفيليمور من الفقهاء الوضعيين مع أنهم يقولون بأن القانون السهاوي والطبيعي هما المصادر العليا للقانون الدولي .

والحقيقة - كما قلنا - أن تصنيف النظريات التي عاجلت مصادر القانون في مدارس رئيسية تجمعها وحدة المبادئ واتفاق الأسس وتماثل التفاصيل أمر ليس بالهين ، ولذا فإن تصنيفاً كهذا لا يعدو وأن يكون ذا صفة فنية خالصة (١) .

وازاء هذا نرى تبسيطاً للأمر أن نجعل معيار التصنيف هو النظرة الفقهية حيال مصدر القانون . ذلك أن الفقهاء جميعاً يكادون يلورون حول احدى فكرتين بالنسبة لهذا المصدر : هل مصدر القانون مصدر طبيعي مفترض أم هو خلق من وضع الجماعة ؟

وعلى هدى من ذلك يمكن أن نقسم المدارس المختلفة الى مجموعتين عامتين هما :

Rolando Quadri — Le fondement du caractère obligatoire du droit (١) international.

مجموعة محاضرات لاهي - سنة ١٩٥٢ ج ١ عدد ٨٠ ص ٥٨٥ - ٦٠٥

١ - مدارس المصدر الطبيعي ، ونقصد بها المدارس التي ترى أن للقانون مصدرا طبيعيا مفروضا .

٢ - مدارس المصدر الوضعي ، ونعني بها المدارس التي ترى أن القانون نتاج تصرف واع conscient ذي أثر قانوني .

وتقسيمنا هذا يؤيده الواقع التاريخي فهو صورة حديثة من الفكرة القديمة التي كانت تقسم القانون الى قانون سماوى *ius divinum* ، وقانون بشري *ius hominum* . هذا الى جانب ما هو معروف من أن فكرة القانون الوضعي تعارض تاريخيا فكرة القانون الطبيعي .

ونبادر هنا فنقول : اننا لا نفرق بين مصدر القانون والأساس الملزم للقانون ، فالفكرتان عندنا مرتبطتان على نحو ما سنفصل فيما بعد . ونتولى توضيح ما سبق أن أجهلناه بشأن المدارس .

مدارس المصدر الطبيعي

من الجلي ألا يقتصر عرضنا لمدارس المصدر الطبيعي على مدارس القانون الطبيعي بالمعنى التقليدي لأننا كما قلنا انما نعني بمدارس المصدر الطبيعي مختلف المدارس التي تجتمع عند فكرة أن مصدر القانون مصدر طبيعي مفترض . ومن ثم فاننا سنعرض لمدارس أخرى - مع مدرسة القانون الطبيعي - ربما تكون أهمها نظرية لوفر *Le Fur* التي تستند الى الخير المشترك ، ونظرية ديجي *Duguit* التي تقوم على التضامن الاجتماعي .

(أولا) مدرسة القانون الطبيعي التقليدية :

تعتبر نظرية القانون الطبيعي أولى النظريات التي ظهرت في مجال دراسة الأساس الملزم للقانون الدولي العام ، وهي كذلك أكثر النظريات مقاومة حتى الآن اذ لازال لها أيضا أنصار ينادون بها ويحاولون تدعيمها الى وقتنا هذا^(١).

(١) الدكتور محمد حافظ غانم - الأصول الجديدة للقانون الدولي العام - طبعة

ورغم هذا فليس من المين أن نعطي فكرة دقيقة عما يقصد بالقانون الطبيعي عند فقهاء هذه المدرسة ولا أن نصنف أنصارها لأن فكرة القانون الطبيعي كثيرا ما تختفى وراء أفكار أخرى ذات صبغة ظاهرية ، بل ان فقهاءها قد يتناقضون على نحو ما سيتضح لنا أثناء الدراسة .

ولكننا نستطيع أن نقول إجمالاً ان فكرة القانون الطبيعي تدور حول محورين هما أن :

١ - القانون الوضعي لا يمكن فهمه دون التعرف على مبادئه الأساسية في القانون الطبيعي ، ولذا تعتبر أن القانون الطبيعي جزء لا يتجزأ من القانون الدولي .

٢ - نظام الاكراه الوضعي يجب أن يستند الى نظام أخلاقي من القانون الطبيعي (١) .

والفكرة في محورها السالفي تركز أساساً على العقل (٢) .

ولتوضيح ذلك نقول : ان الفكرة التقليدية للقانون الطبيعي في قولها بأن القانون الوضعي لا يمكن فهمه الا بالتعرف على مبادئه الأساسية المستمدة من القانون الطبيعي تقصد أن هناك قواعد موضوعية للعدالة وأن تلك القواعد مفروضة تنبع من طبيعة الناس ، ونظراً لأن الطبيعة البشرية تكون بشكل أو بغيره جزءاً لا يتجزأ من الطبيعة الموضوعية عموماً (٣) ، فان القواعد النابعة منها تسمى بقواعد القانون الطبيعي .

أما ان نظام الاكراه الوضعي يجب أن يستند الى نظام أخلاقي من القانون الطبيعي ، فتبريره أنهم يعتبرون أن الزام القانون نفسه قاعدة طبيعية

Paul Guggenheim : Les principes de l'ordre juridique en droit (١) international.

مجموعة محاضرات لاهاي سنة ١٩٥٢ - ج ١ عدد ٨٠ ص ٧

(٢) كوادري - المرجع السابق - ص ٨٥

(٣) مجموعة محاضرات لاهاي سنة ١٩٣٨ - ج ٢ عدد ٦٤ ص ٤٩٢ Mircea Juvara :

Le Fondement de l'ordre juridique en droit international

ذات صفة أخلاقية تقضى بأنه الملزم عبد التزامه ، وتبعا فان الصفة الملزمة للقانون انما تنبع من النظام الاخلاقى (١) .

أما ارتكاز الفكرة على العقل فترتبط بكون القانون الطبيعى قانونا يستمد من طبيعة الانسان ، لأن طبيعة الانسان قوامها المنطق ، وتبعا فان الانسان يستطيع أن يبحث عن الخير بطريقة ترشيدية عقلية وينضم اليه بحرية ورضاء . ومادام أن العقل هو وسيلة الانسان في التعرف على قواعد القانون الطبيعى فانه أيضا هو الذى يقيد الاكراه الوضعى بصفة أخلاقية من حيث أن العقل هو المنبع المشترك للأخلاق والقانون معا ، وتبعا فلا يمكن أن يتطور في شكل قواعد قانونية الا ما تسمح به الأخلاق (٢) .

والنظرية على هذا النحو تجمع بين فكرتى الطبيعة والعدالة ، ولكنها لا تفهم العدالة على أنها الاكراه والقوة بل على أنها حقيقة موضوعية عقلية لا تفعل مصادر القانون الوضعى سوى الاقرار بها أى أنها تستمد من عقل هو الوسيلة الترشيدي للبحث الموضوعى ، وهو أيضا طريق تعرفنا على عالم من الواجبات متميز عن عالم الحقائق الطبيعية (٣) .

على أن الجمع بين فكرتى الطبيعة والعدالة ليس هو ديدن جميع فقهاء القانون الطبيعى اذ منهم فريق - يسمى بفقهاء المدرسة الطبيعية الموضوعية - يحصر أساس القانون في الحقائق الطبيعية فحسب ، أى أنهم قسموا الفكرتين اللتين توحدهما النظرية التقليدية - وهما فكرة الطبيعة والعدالة - وتبنوا فكرة الطبيعة دون العدالة ، ولذا فان القانون عندهم هو ما يجب أن يكون *devoir à l'être* (٤)

(١) يبدو لنا أن سالفبول من أنصار هذا الرأى لأنه استعمل تمييز « الأخلاق الدولية » كتمييز للحكم على سلامة المعاهدات واعتبر أن الحكم الدولى يجب أن يتخل عن مهمته وأن يتمتع من تطبيق المعاهدات الدولية التى تخالف الأسس الجوهرية للأخلاق الدولية والعدالة الدولية . كما ذهب الى أن للفقهاء الدولى عليه - عند عرض القواعد الموضوعية - أن يناقش زواياها الأخلاقية وذلك لكي يصير من يريد التعرف على هذه القواعد بقصد تطبيقها .

راجع - مجموعة محاضرات لاهى سنة ١٩٤٨ ج ١ عدد ٧٣ ص ٣٩١ ، ٣٩٢

(٢) Gabriele Salvioi - La règle de droit international (٢)

(٣) جوفارا - المرجع السابق - ص ٤٩٧

(٤) Giorgio del Vecchio - Il concetto del diritto, 1906 (٤)

وقد طالعنا نظرية القانون الطبيعي في بدايتها الأولى على أيدي علماء لاهوتيين^(١) في العصر الوسيط ، فلا غرابة إذن أن يصف هؤلاء العلماء القانون الطبيعي بأنه قاتون إلهي وأن يربطوه بارادة الله . فهو عندهم مجموعة مبادئ ثبتها الإله في قلوب الناس ، ولذا فإن العقل اذ يستخلصها من طبيعة الناس انما يستخلص من تلك الطبيعة قواعد استقرت فيها بارادة إلهية^(٢) .

ونسوق مثلاً لهذه النزعة ما قاله جروسيوس — أبو القانون الطبيعي — في تعريف القانون الطبيعي^(٣) وهو أن :

Le droit naturel consiste dans certains principes de la droite raison qui nous font connaitre qu'une action est moralement honnête ou déshonnête selon la convenance ou la disconvenance nécessaire qu'elle a avec une nature raisonnable et sociable et par conséquent que Dieu, qui est l'auteur de la nature, ordonne ou defend une telle action.

وواضح من مراجعة الفقرة السابقة أن جروسيوس صور القانون الطبيعي في شكل معيار يقر في ضمير كل واحد منا للفرقة بين ما هو عادل وما هو غير عادل . ولكن جروسيوس لم يقف عند هذا الحد لأنه لو اكتفى بذلك

(١) ليس غريباً أن تسيطر الفكرة الدينية على البدايات الأولى للقانون الدولي العام فقد كان ذلك حال القانون الداخلي أيضاً لأن الذي يستفاد من المصادر القليلة التي بين أيدينا أن الصورة الأولى التي ظهرت فيها فكرة القانون كانت صورة دينية إذ كان القاضي مجرد وسيط بين الناس والآله والحكم الذي ينطق به هو وحي إلهي يلهم إياه بمناسبة المنازعة المروضة عليه . ولذا كان رجال القانون هم فئة الكهنة ، فكان قضاء مصر الفرعونية هم كهنة الإله مأت . وكان التداي يطلقون على الحكم تسميات تدل على صفته الدينية ، فثلاً كان الاغريق يسمونه *Themistes* نسبة إلى *Themis* إله العدالة عندهم ، وكان اليهود يسمونه *oracle* أي الوحي ، وكان الإيرلنديون يسمونه *dooms* وفيها معنى القضاء الإلهي . ولما كان طبيعياً أن تتكرر المنازعات المماثلة فيكرر فيما لها الوحي (أي الحكم) على ذات الصورة فقد تكون عن طريق هذا التكرار عرف يستند قوته الملزمة من صفته الدينية لا من ذاته كمعرف .

(٢) تارن فيليبور — القانون الدولي — ص ٢٦ ، ١٢٦ وما بعدها — اذ يعرض للقانون السابوي كبادئ للعدالة الحقيقية حينها الله في كل المخلوقات ويعترف عليها العقل بتطبيق مبادئها على الحالات الفردية .

Hugo Grotius — Du Droit de la Guerre et de la Paix — traduction (٣) Barbeyrac, Discours préliminaires, p. 64.

الشر من الفكرة لترتب على رأيه اختلاف معيار القانون الطبيعي باختلاف ضماير الأفراد ، ولذلك أراد أن يتلافى هذا الاحتمال باعطاء القانون الطبيعي وصف الثبات والعمومية ، فأضاف له عنصرا تتوافر فيه تلك الصفات وهو الإله . ومن ثم أضفى صفات الإله على القانون الطبيعي فاعتبره قانونا عالميا غير متغير . إلا أن جروسوس لم يقم رابطة بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي على خلاف بوفندورف الذي أقام تبعية بين القانونين فعنده لا يوجد قانون شعوب مختلف عن القانون الطبيعي^(١) .

الا أن الأصل الإلهي للقانون الطبيعي توارى تدريجا وبقيت الركيزة الأساسية للنظرية هي طبيعة الانسان التي تنعكس صفاتها القواعدية على العقل الأمر^(٢) ، فهي قواعد معقولة ، وطبيعتها المعقولة انما يستمددها الانسان من قواعد وعدالة عالمية لازمة ، ومن أجل هذا تسمو قواعد القانون الطبيعي على قواعد القانون الوضعي .

وقد رتب بعض فقهاء القانون الطبيعي على العلية التي تتمتع بها قواعد القانون الطبيعي حيال القانون الوضعي أن قواعد القانون الوضعي التي تخالف القانون الطبيعي تعتبر بمثابة قوة تهدف الى فرض القانون تعسفا وذلك على أساس أن القانون في مثل هذا الفرض كان يجب أن يتفق مع أحكام القانون الطبيعي ، ومادام يخالفه فهو مجرد قوة تعسفية^(٣) .

(١) ذلك ان مصادر القانون الدولي عند جروسوس ليست قاصرة على القانون الطبيعي بل تشمل كذلك القوانين السبوية والعرف ، ولذا نجد يقرر في الفقرة الأولى من مقدمته - المرجع السابق - ص ١ - ما نصه "Pour ce qui est du Droit qui a lieu entre plusieurs peuples ou entre les Conducteurs des Etats et qui est ou fondé sur la nature, ou établi par les lois Divines, ou introduit par les coutumes accompagnées d'une convention tacite des hommes." ويقصد جروسوس بالقوانين السبوية القوانين المنزلة من السماء في كتب مقدسة ، وهو لم يعرف منها سوى الانجيل والتوراة .

(٢) وهذا هو الذي دعى جروسوس لأن يقول ان القانون كان سيوجد حتى ولو لم يوجد الإله - كوادري - المرجع السابق ، ص ٩٢ .

(٣) راجع Descamps - « القانون الدولي الجديد » - مجموعة محاضرات لاهي سنة ١٩٣٠ ج ١ ص ٤٣٣ ، وكذلك الرأي المعارض لقاضي Shükling في مناقرة Oscar Chinn سنة ١٩٤٩ أ/ب رقم ٣٦ ص ١٤٩ .

أما اذا اكتسبت قواعد القانون الطبيعي الصفة الملزمة للقانون الوضعي فان صفتها كقانون طبيعي تنتهى الأمر الذى يعنى أن قواعد القانون الوضعي الصالحة كانت - من الناحية التاريخية - قواعد قانون طبيعي^(١) .

والذى يبدو لنا أن بقاء فكرة القانون الطبيعي حتى وقتنا هذا ومقاومتها لما اعترضها من نقد واكتسابها أنصارا حتى هذا الزمن يرجع - من بين ما يرجع اليه من أسباب - الى أن العالم مرت عليه فى مختلف حقب التاريخ ظروف كانت تهىء دائما للاستفادة بفكرة القانون الطبيعي فى تحقيق هدف سياسى معين . ذلك أن فكرة القانون الطبيعي تضرب بجملورها الأولى فى الفكر الاغريقى القديم الذى ميز بين الطبيعة والأخلاق والدين ، ثم جددت الكنيسة هذه الحركة بتأكيد قوانين الضمير البشرى هادفة من وراء ذلك الى تبرير قيام قانون عالمى التطبيق يفرض على كل البشر تتخذ منه دعامة فى السيطرة على العالم فى محاولتها للوصول الى ذلك الهدف أثناء العصر الوسيط . ثم وجد فقهاء القانون الطبيعى سندا جديدا فى الحركة التى تركزت بعصر النهضة والتي وضعت ثقتها فى العقل كوسيلة لبحث الطبيعة .

وإذا كانت فكرة القانون الطبيعي قد لاقت قبولا وتحييذا عند آباء القانون الدولى الأول بسبب نزعتهم اللاهوتية وتأثرا بالزعة البابوية ، ثم استمرت مع عصر النهضة بوصفها نظرية تلجأ الى العقل وترتكز عليه ، فانها وجدت بعد ذلك دعامة جلبت لها الكثير من الأنصار ألا وهى فكرة

(١) جوجنهايم - المرجع السابق - ص ٧-٩ - ويذكر جوجنهايم بعض الأمثلة التى يستشهد بها أصحاب هذا الرأى ومنها حكم التحكيم الذى أصدره رئيس الاتحاد السويسرى أندريه لاشينال بتاريخ ٣٠ ١٢ ١٨٩٦ فى منازعة FABIANI بين فرنسا وفنزويلا حيث استعان الرئيس ببعض مبادئه من القانون الرومانى فيما يتعلق بالتبويض المباشر وغير المباشر ، وهى مبادئ لم تكن حتى ذلك التاريخ من بين قواعد القانون الدولى ، وانه باصدار حكم التحكيم وتنفيذه أصبحت قاعدة القانون الرومانى قاعدة دولية .

ويعلق جوجنهايم على ذلك : بأن هذه الأمثلة لا تمنع تطبيق قانون طبيعى لأن أساس صحة المبدأ الدولى ليس قاعدة دولية بل السلطات التقديرية التى يمنحها صك التحكيم الحكم بقصد حل اشكال خوض القانون .

السيادة وعلاقتها بفكرة القانون حيث كان على الفقهاء بعد أن انقسم العالم الى دول جديدة متحمسة لسيادتها أن يوضحوا كيف يمكن للدولة أن تلتزم بالقانون وهي تتمتع في ذات الوقت بسيادة ، وهنا أسعفت فكرة القانون الطبيعي بعض هؤلاء الفقهاء بالجواب اللازم .

بل ان ظلال فكرة القانون الطبيعي لا زالت تنعكس على الضمير الدولي حتى وقتنا هذا ، ومن الأمثلة التي نسوقها في هذا الخصوص نص المادة الخامسة من ميثاق الأمم المتحدة التي وصفت حق الدفاع الشرعي للدول بأنه حق طبيعي (١) .

على اننا اذا أردنا أن نقدر هذه الفكرة تقديرا موضوعيا ، فان أول ما يستوقف نظرنا هو التجاؤها الى الطبيعة في النهاية لتستمد منها القواعد القانونية . ذلك أن مشكلة بحث مصادر القانون تعني في الواقع سبب التزامنا بالخصوع لأحكام القانون ، وتبعا لا نستطيع أن نجد حل هذه المشكلة في تقرير الظواهر الطبيعية - أي الطبيعة - كما يستحيل أن نستنبط من هذه الظواهر الطبيعية قواعد قانونية ذات صفة عالمية حقة إذ اننا لا يمكننا أن نشبه قواعد القانون بغيرها من القواعد الطبيعية ، فالشمس والقمر مثلا يدور كل منهما في فلكه بحسبان طبقا لقاعدة أبدية ملزمة ، فلا الشمس ينبغي لها أن تترك القمر ولا الليل سابق النهار . أما منع قتل النفس التي حرم الله الا بالحق فقاعدة تنهك كل يوم ولم يقص لنا التاريخ أن هذه القاعدة قد حكمت نشاط جماعة ما بطريقة الزامية لم يجدوا عنها فكاكا بحيث كان من ينبغي منهم قتل آخر لا يجد لديه المكنة على ذلك لسبب في طبيعته . ومن ثم فاننا نؤيد ما لاحظته هوريو (٢) من تناقض بين القانون الذي هو في حاجة الى حرية للاعراب عن نفسه وبين علم الطبيعة الذي يقوم على التحديد والجبرية .

(١) يرى الدكتور غانم - المرجع السابق ص ٥٢ - ان السر في محاولة اسياد القانون الطبيعي هو رغبة بعض الفقهاء في الاستناد عليه لمهاجة بعض المبادئ والاتفاقيات بدعوى أنها تخالف القانون الطبيعي .

Hurion — Précis de droit constitutionnel, 1929. (٢)

ومادام أن القانون يتضمن عنصر الحرية وهو بحسب تعريفه قابل للانتهاك ، فاننا لا نستطيع أن نقول إن هناك قواعد أبدية ملازمة يولد الطفل وهي مستقرة في ضميره . وإنما قد يكون أقرب الى الصحة أن نقول : انه بسبب العقل الذى يزود به الانسان فان من الممكن أن يتصور هذا العقل فكرة العدالة على ذات النحو اذا تماثلت الظروف تماما ، فلو حصل هذا التماثل فى أكثر من مكان شمل التصور المتماثل هذه الأمكنة ، واذا استمر التماثل فترة من الزمن استمر كذلك التصور المتماثل لذات الفترة .

وقد كان لهذا النقد صداه عند بعض الفقهاء المناصرين لفكرة القانون الطبيعى ، فقالوا بأن القانون الطبيعى لا يقتصر على مجموعة القواعد الأدبية العالمية ، وإنما يحوى كذلك قواعد يمكن أن تتغير بتغير الزمان والمكان ، أى أن هناك قانونا طبيعيا أوليا هو القانون الطبيعى العالمى الخالد وقانونا طبيعيا ثانويا يستنبط من القانون الطبيعى الأولى على هدى من ظروف الزمان والمكان .

وهذا القول يعنى أن القانون الطبيعى الثانوى لا يعلو فى الواقع أن يكون قانونا طبيعيا وضعيا - ان جاز استعمال التعبير - وهو قول يقوض نظرية القانون الطبيعى من أسامها بدلا من أن يرمم صدعها لأن الفكرة الجوهرية فى القانون الطبيعى هى انه قانون أبدى مفترض ، فان نحن جردنا النظرية من هذه الفكرة فقدت بذلك معالمها .

كذلك التجأ أنصار مذهب القانون الطبيعى الى العقل لا بوصفه ظاهرة نفسانية وإنما كوسيلة يمكن عن طريقها أن يهتدى الانسان الى قواعد القانون من الطبيعة ثم ينضم اليها بحرية ورضاء . والذى نلاحظه على هذا القول أنه يترلق بمذهب القانون الطبيعى الى ناحية الفكرة الوضعية ذلك ان العقل والحرية يفترضان دائما فكرة الارادة والرضاء الذى يقبل ما هو معقول ، فكان مذهب القانون الطبيعى يقر بهذا - سواء عن طريق مباشر أو غير مباشر - فكرة ارادة فعالة صريحة أو ضمنية ، وعندئذ نجد ملامح المذهب الوضعى وقد ارتسمت على فكرة مذهب القانون الطبيعى .

أما إذا فهمنا القانون الطبيعي على انه قانون مثالي أى نموذج أعلى لما يجب أن يكون عليه القانون فإن القانون الطبيعي — على هذا المعنى — لا يستحق أن نوليّه أهمية عند دراسة مصادر القانون ، لأننا فى دراسة كهذه انما نهتم بما هو كائن ونناقش صلاحية وفعالية ولزوم القانون القائم ، أما ما يجب أن يكون فيدخل فى نطاق الدراسات الفلسفية التى تعنى بتدقيق السياسة القانونية وتطور القانون (١) . ولعل هذا هو الذى حدا ببعض الفقهاء الى القول بأن القانون الطبيعي يخرج عن نطاق القانون بالمعنى الدقيق (٢) . ثم ان الاستناد الى هذه المثالية لوضع القانون الطبيعي فى مرتبة تسمو على القانون الوضعى لا يفسر نواحى مما جرى عليه العمل الدولى ، ومن ذلك الحالات التى يعتمد فيها حكم القاضى أو القرار الذى له صفة التشريع على اعتبارات سياسية أى ان القاعدة المطبقة لا يكون لها أساس صلاحية فى القانون الطبيعي .

كما يعاب على الفريق من فقهاء القانون الطبيعي الذين تصوروا هذا القانون كبادئ أخلاق دولية أن تصورهم قد انتهى الى عكس ما يريدون فيهدم أساس القانون الدولى بدلا من أن يبرر وجود ذلك القانون (٣) . وتوضيح ذلك انهم اذ يجعلون الأخلاق هى مصدر القانون يسمون للمذهب الذى يرى أن قواعد الأخلاق ليست لها صفة ملزمة بأن يصف قواعد القانون الدولى كذلك بأنها غير ملزمة .

ثم ان الواقع ان كلا من القانون والأخلاق له نطاق يتميز عن الآخر من عدة نواح يمكن أن نجتمع أهمها فيما يلى :

١ - موضوع قاعدة الأخلاق وقائع نفسانية خالصة ، أما القانون فموضوعه احتمالا هو السلوك الخارجى .

(١) كوادرى - المرجع السابق - ص ٥٨٩ - ٥٩٠

(٢) الدكتور غانم - المرجع السابق - ص ٢٢

(٣) قانون الرأى المقعد الذى أبداه Nya فى كتابه "القانون الدولى" ج ١ - بروكسل ص ٢ اذ ميز بين الأخلاق والسلوك *ethique* وقال ان الأخلاق والقانون يدخلان فى السلوك علم الخير .

٢ - الجزء الأخلاقي له صفة داخلية مثل تأنيب الضمير ، أما الجزء القانوني فهو صفة خارجية .

وتبعاً إذا استندت القوة الملزمة للقانون الى التّزام ذى طبيعة أخلاقية لما كان هناك معنى لأن نسمح بجزاءات خارجية لحماية القاعدة القانونية مادام ان الالتزام الأخلاقي يكفى لضمان احترام القانون . أما ونحن نلجأ الى جزاءات خارجية عند تطبيق القواعد القانونية فإن هذا يعنى لزماً أن الجزاءات الأخلاقية الداخلية غير كافية . ولا يفوتنا أن نوضح من ناحية أخرى أن نظرية القانون الطبيعي أذ تنادى بأن القانون الوضعي إنما ينبع من القانون الطبيعي لا تتفق في هذا القول مع واقع التجربة القانونية وما يسير عليه غالب العمل الدولى .

صحيح أننا قد نجد اشارة الى القانون الطبيعي في بعض المذكرات الدبلوماسية أو التصريحات السياسية ، ولكن العمل يورى انه من الصعب الحصول على كسب قانونى استناداً الى فكرة القانون الطبيعي . ونسوق تأكيداً لذلك بعض أمثلة من واقع الحياة الدولية .

في سنة ١٨٢٤ ، أعلن الرئيس الأمريكى آدمز أن سكان منطقة البحيرات لهم حق طبيعى فى الاتصال بالمحيط عن طريق الممر المائى الوحيد - سان لوران - ولكن بريطانيا عارضت ذلك فاضطرت الولايات المتحدة الأمريكية الى أن تعقد معها معاهدة سنة ١٨٥٤ الأمر الذى يعنى أن اتصال السكان بالمحيط حصل بناء على امتياز اتفاقى ، أى بناء على امتياز يمكن الرجوع فيه وليس طبقاً لحق طبيعى أبدي ملزم .

كذلك قرر رئيس القضاة مارشال فى قضية The Antelope - بعد أن أورد أن الرق مخالف القانون الطبيعى لأن لكل انسان حقاً طبيعياً فى ثمار عمله - قرر مع ذلك أن العادة المشتركة لا يمكن أن تعتبر مخالفة لقانون الشعوب لأن العادات العامة تعتبر عماد ذلك القانون^(١) .

(١) لاحظ Siotto Pintor بحق أن أمريكا أكثر البلاد تنجاء الى القانون الطبيعى - راجع مقاله عن النظام الدولى فى الأسكوت - مجموعة محاضرات لاهى سنة ١٩٢٨ - ج ١ - ص ٣١٠

(ثانيا) نظريات أخرى :

ليست النظريات التي عرضناها فيما سلف هي كل النظريات التي قالت بمصدر طبيعي كأساس للقانون الدولي ، بل هناك نظريات عديدة يمكن أن ندرجها تحت هذا العنوان .

فهناك مثلا نظرية جاريس Gareis الذي يعرف القانون الدولي بأنه نظام يقوم على الضرورة طبقا للعقل ، أى أنه يجعل من سلطة الضرورة مصدرا لقواعد السلوك الدولي ، ولا تقوم الضرورة عند جاريس الا في علاقتها بهدف معين يكون هو الفصيل أى أن الضرورة ذات خاصية من النسبية تسمح لكل فقيه بأن يعرضها بطريقة مختلفة (١) .

كذلك هناك نظرية رومانو Romano الذي يقول بوجود قواعد جوهرية أو دستورية توجد بوجود الجماعة الدولية ولا يمكن فصلها عنها .

وقد أراد أصحاب النظريتين السالفتين أن يمارضا نظرية القانون الطبيعي ولكنهما في الحقيقة لم يخرجوا عن نطاق مدارس المصدر الطبيعي اذ يعتمدان على العقل في التعرف على القواعد القانونية ، وهذا كما مر بنا هو ركيزة الأفكار الطبيعية .

ولا نرى داعيا للوقوف طويلا عند هذه النظريات وأمثالها حتى لا يطول بنا العرض ويتشعب البحث على نحو قد يضعف من وحدة الفكرة التي نهم بببحثها ، ولذا نقصر عنايتنا في استكمال دراسة مدارس المصدر الطبيعي على عرض آراء المدرستين البارزتين وهما :

(أ) مدرسة الخير المشترك .

(ب) المدرسة الاجتماعية .

(١) كرادى - المرجع السابق - ص ٦٠٢

Romano — Corso di diritto internazionale — Padova, 1939. (٢)

مدونة الخير المشترك :

لم يكن لوفر الفقيه الوحيد الذى أسس القانون على فكرة الخير المشترك بل هناك فقهاء آخرون غيره تبنا هذه الفكرة مثل Delos (١) الذى عرف القانون الدولى العام بأنه تجميع تعاونى لنظم قومية تزود بها الحضارة . ومنهم أيضا مارك رجلاد (٢) الذى يقول بأن الخير هو فكرة أولية لعقل على وأن القانون عقل وعدالة اذ بدون العقل الذى يبحث عن الخير لا يكون عندنا أى ضمان ، ونكون معرضين لتأنيب الضمير والمشاعر الشخصية ، ويلجأ رجلاد الى فكرة الخير المشترك ليقم عليها أساس القانون .

الا أن لوفر هو الفقيه اللامع فى هذا المضمار بسبب ما قدمه من بحث مفصل فى الموضوع ، ولذا رأينا أن نختاره نموذجاً للفقهاء الذين قالوا بفكرة الخير المشترك كأساس للقانون الدولى العام .

يرى لوفر ان الانسان كائن اجتماعى ذو عقل (٣) وأن العقل هو الخاصية التى تميز الانسان عن غيره من الكائنات التى تعيش فى جماعات ، وعن طريق هذا العقل نهتدى الى أفكار الخير والعدل والجمال والحقيقة ، تماماً كما نهتدى عن طريق حواسنا الى اللمس والشم والبصر .

وطبيعى — مادام الانسان كائناً اجتماعياً — أن يتناول القانون علاقات الانسان بغيره لصالح الجماعة والمصلحة العامة ، ومن ثم فإن الخير المشترك — أى خير الجماعة كلها — هو هدف القانون الدولى . والقانون الوضعى ليس الا وسيلة لتحقيق هذه الغاية بوصف أن هذا القانون يضع فى اعتباره

Delos : La communauté internationale et les principes du droit international public — Paris, 1929 2e. édition (1950).

Marc Régla — Théorie générale du droit dans l'oeuvre de Duguit. (٢)

أرشيف الفلسفة للقانون وعلم الاجتماع القانونى (٢ - ٢) سنة ١٩٣٢

(٣) لا يقصر لوفر العقل على المنطق فحسب ، وإنما يعنى به الذكاء البشرى من كافة زواياه بما فى ذلك المنطق الطبيعى والروحى - Le Fur — Règles Générales du Droit de la Paix - Sirey 1936 - pp. 174,175

شيئا آخر — عدا الأخلاق — هو المصالح الاقتصادية على وجه الخصوص .
وبهذا المفهوم فإن الانسان يكتشف القواعد القانونية — كالقواعد الأخلاقية —
بواسطة عقله لأن الأخلاق والقانون كامنان فينا . والقانون ليس الا وسيلة
تحقيق الخير المشترك عن طريق تحقيق العدالة ، أو بمعنى آخر فإن القانون
هو التوفيق بين الراحة والمنفعة (١) .

والقانون الحقيقي عند لوفر هو نتاج عنصرين (٢) :

١ — موضوع خاص هو الذى يزود بأساس قاعدة القانون ، وفى رأى
لوفر أن القانون الطبيعى هو المادة التى تزود القانون الوضعى بالأساس
لأن القانون الوضعى لا يعمل سوى تحديد القانون الطبيعى عن طريق اصداره
واضافة الجزاء اليه .

وقد جمع لوفر فحوى القانون الطبيعى فى ثلاثة مبادئ هى : الالتزام
باحترام ما يبرم من ارتباطات ، وتعويض الضرر الذى يتسبب ببلون وجه
حق ، واحترام السلطة التى تسيطر على نظام الجماعة فى الداخل والخارج .

٢ — جزاء وضعى يعطى للقانون شكله كقاعدة وضعية ، والاتجاه
الى الجزاء الخارجى هدفه — عند لوفر — هو جعل مضمون القاعدة
الأخلاقية ملزما .

ولكن نظرية لوفر لم تسلم من نقد .

وأول ما نلاحظه على مذهب لوفر انه وإن كان قد اعتبر أن أساس
القانون يوجد فى الطبيعة وأن الانسان يستطيع أن يتوصل عن طريق ذكائه
الى بعض قواعد قانونية قليلة العدد تفرض على كل كائن متمدين ،
الا أنه علق الصفة الملزمة للقاعدة القانونية على الجزاء ، فقال بأن القاعدة
القانونية تظل ملزمة ولو خالف مضمونها فحوى القانون الطبيعى مادام أنها

(١) Le Fur — La théorie générale du droit naturel depuis le XVIIIe siècle
et la doctrine moderne — les grands problèmes du droit.

مجموعة محاضرات لاهى سنة ١٩٣٧ ص ١٧٠ وما بعدها .

(٢) لوفر — القواعد العامة — المرجع السابق — ص ١٧٤ .

مزودة بجزء .. ومعنى هذا أن عنصرى القانون اللذين قال بهما لوفر — وهما المادة والشكل أو الأساس والجزء — ليسا الا مجرد تعبير فحسب لأن القانون الكامل أو الحقيقى هو الذى يتفق فحواه مع القانون الطبيعى .

ثم ان لوفر قد استعمل تعبيرين غامضين هما «خير» و «مشارك» ، ولذا فاننا نتساءل بأى معنى نفهم هذا الخير المشترك الذى اعتبره لوفر هدف القانون وقال بأن الانسان يتقياه طبيعيا .

يقول لوفر ان الخير المشترك هو المصلحة العامة للجماعة ، ويعتبر آخر ما هو لازم لحفظ الجماعة وتطورها المادى والذهنى والأخلاقى . ولكننا نلاحظ على هذا القول ان لكل جماعة قانونها الخاص ، فهل نفهم من قول لوفر السابق أن القانون الدولى انما يحمى وجود وتطور هذه الجماعة ، وهذا يعنى أن القانون الدولى يقوم بذات الدور الذى يقوم به القانون الداخلى للجماعة . ان صح هذا الفهم فاننا نأخذ عليه أن الجماعة الدولية قد تتبع خيرا مشتركا خاصا تحركه الأنانية القومية ، وهى حقيقة كثيرا ما تدفعنا الى الشك فى وجود هذه الجماعة كحقيقة طبيعية (١) فكيف نقول مع هذه الحقيقة بأن القانون يحمى وجود وتطور الجماعة ؟

قد يرد على هذا الانتقاد بأن الخير هو المصلحة المشروعة ، وتبعا فاننا نختار من بين المصالح المتضاربة التى قد تتعاصر المصلحة المشروعة . فاللص مثلا له مصلحة فى أن يحتاز المسروق ، ولكن القانون الدولى والعدل لا يقران هذه المصلحة ، واذن فصلحة اللص ليست مصلحة مشروعة أى أنها لا تحقق خيرا مشتركا . ولكن هذا القول يستبعد فى الحقيقة فكرة المصلحة وكذلك فكرة الخير المشترك ويعتمد أساسا على فكرة العدالة وهى فكرة تختلف اختلافا جوهريا عن المصلحة الأمر الذى ينتهى الى القول بأننا انما نفكر فى العدالة عند ما نتكلم عن القانون الطبيعى (٢) .

(١) الأستاذ الدكتور على صادق أبو هيف — القانون الدولى العام — طبعة سنة ١٩٥٩ —

ص ٧٩

J. S. Reeves — La communauté internationale. (٢)

مجموعة محاضرات لاهوت سنة ١٩٢٤ ص ٧٦١

وإذا كان الأمر كذلك وجب أن نبحث عن التزاماتنا وحقوقنا في العدالة العقلية ، فهذه العدالة هي المعيار الذي نقيس به — في كل حالة انفرادية — ما هو عادل وما ليس عادلا على أن نضع في اعتبارنا كل الوقائع بما في ذلك النظام الاجتماعي ذاته كما يقيمه القانون الوضعي ..

وعلى هذا نقول ان هدف العدالة ليس هو الخير المشترك — أى المصالح التي تقوم في الواقع في طبيعة الناس — لأن المصالح المشتركة هو نتيجة لتحقيق القانون وليس الغاية التي يستهدفها القانون مباشرة .

ان القانون — على خلاف ما يذهب اليه لوفر — إنما يقضى في المصالح ويتخذها موضوعا للتقدير ولا يثبتها الا حيث تبدو أنها عقلية عادلة ، فهدف القانون الوضعي اذن هو العدالة العقلية (١) .

واذ أننا انتهينا الى أن القانون إنما يتغيا العدالة العقلية فنطلى أن نبحث عن هذا العقل عند الخبرة وليس عند الدماء . الا أن قولنا هذا لا يعنى أن نجرد القانون أو العدالة عن عقيدة من مخاطبهم ، بل يجب — على العكس — أن نضع القانون في اعتباره كل الظروف الواقعية التي سيطر فيها وذلك على هدى من عقيدة وعقلية من مخاطبهم بأحكامهم لأن المخاطبين بأحكام القانون — بحسب تعريفهم ذاته — يجب أن يكونوا أشخاصا أحرارا يعقلون ، فاذا فرض القانون عليهم ما لا يعتقدون أنه عادل فانه يكون قانونا غير عادل . ونظرا لأنه من المتعذر أن يفهم كل مخاطب بالقانون جميع أحكام القانون الوضعي ، فان علينا أن نقنع هؤلاء المخاطبين — اذا لم يكونوا قادرين على فهم الأحكام — علينا أن نقنعهم بأنه من العدل أن يخضعوا لهذه الأحكام ، لأن القانون بدون ذلك الاقتناع يتخذ مظهر القوة العمياء القاسية .

وينتهى بنا ما أسلفناه الى تحديد المقصود من قول لوفر عن العدالة المعقولة للانسان بأن المسألة تتعلق بالوسيلة العقلية التي يستعملها كل كائن حر

(١) جوفارا — المرجع السابق — ص ١١٠

للتمييز بين العدل وغير العدل . وفكرة العدالة على هذا النحو ليست حقيقة طبيعية يمكن تحقيقها ببساطة ، وإنما هي على العكس لا تكتشف الا بالتفكير ولا تعدو أن تكون معيارا عقليا .

وهكذا نصل الى نتيجة تبعد عن الطبيعة في المعنى الذى قالت به المدرسة التقليدية للقانون الطبيعي والذى فسرت به أساس القانون في نظرها .

المدارس الاجتماعية :

أول المدارس الاجتماعية وأشهرها هي مدرسة التضامن الاجتماعى التى تفرن باسم العميد ديجي بوصفه أول من وضع أسسها (١) .

وكان الهدف الذى يرى ديجي الى تحقيقه من وراء نظريته هو استبعاد القوة كمصدر للقانون (٢) بعد أن سيطر على عصره مذهب السيادة وما يستتبع تقديس ذلك المذهب من اشاعة عنصر القوة فى العلاقات القانونية .

ولذا أنكر ديجي فكرة الحق مبرا ذلك بأن الحق يعنى سيطرة ارادة على ارادة أخرى فى حين أن القانون الوضعى لا يولد الا مراكز قانونية موضوعية subjectifs أو شخصية objectifs ، وأحل محل الحق ما أسماه بسلطة الممارسة الشرعية لرخصة . وقد ساعده ذلك على انكار وصف الحق على السيادة بل وانكار فكرة سيادة الدولة ووصفها بأنها حدث اجتماعى fait social قامت كنتيجة للتضامن الاجتماعى وذلك لتصون هذا التضامن وتعمل على اضطراده .

كما استبعد ديجي فكرة الشخصية القانونية وان كان قد أظهرها فيما بعد تحت اسم أكثر تعقيدا هو السلطة الشخصية المطابقة للقانون . وعلى أساس استبعاد الشخصية القانونية أنكر وجود الدولة كشخص قانونى ، فعنده لا يوجد الا أفراد ولكنهم ليسوا أشخاصا للقانون .

Duguit - Traité de droit constitutionnel, ed. 1921

(١)

Ch. de Vischer-Theories et réalités en droit international public, 1933, p. 86. (٢)

وقد تابع ديجي نظريته ، فذهب الى أن قاعدة القانون إنما تولد من واقعة التضامن الاجتماعي أو الترابط بين الناس . وكما ينشأ القانون نتيجة للتضامن بين الأفراد ينشأ القانون الدولي نتيجة للتضامن بين الدول الأعضاء في المجتمع الدولي . ومعنى هذا أن ديجي لا يفصل بين القانون والمجتمع ، فحيثما وجد مجتمع وجد قانون هو وليد ذلك المجتمع (١) .

وتولد قاعدة القانون عند ديجي على مرحلتين : فهي تبدأ أولاً كقاعدة أخلاقية ، ثم تصبح قاعدة قانونية عند ما يرى أفراد المجتمع أن احترام هذه القاعدة لازم لحسن سير حياة الجماعة وأنها يجب أن تزود تبعاً بجزء وظيفي ، لأن الجزاء في رأى ديجي هو مميز القانون .

ولذلك لم يفرق ديجي بين الحكام والمحكومين ، فذهب الى أن القاعدة القانونية تفرض على الدول — أو حسب رأيه على الحكام — احترام التضامن كالأفراد ، كما تفرض عليها كذلك أن تضع ما لديها من قوة في خدمة الجزاءات المقررة لقواعد القانون الوضعي لأن هذه الوسيلة — كما أسلفنا — هي الوسيلة الوحيدة لتزويد القانون بأساس متين حسبما يرى ديجي (٢) .

ويعصف ديجي نظريته هذه بأنها نظرة موضوعية في جوهرها (٣) لأنها لا تولد قاعدة القانون من إرادة الحكام ، وإنما من واقعة تسبق

(١) الدكتور غانم — المرجع السابق — ص ٣٠

(٢) ذهب ديجي — مسيراً منطقاً في التضامن — الى الإقرار بحق التدخل لاحترام القانون ولكنه قصر هذا الحق على الدول الكبيرة ، وهي فكرة خطيرة وتردد مذهب مونرو ومن قبله معاهدات فينا والتحاليف المقدس .

(٣) أورد الدكتور أبو هيف — المرجع السابق ، ص ٨٠ — نظرية الحدث الاجتماعي على أنها إحدى نظريات المذهب الوضعي ، والأستاذ الدكتور يسائر في ذلك نظريته في التفرقة بين أساس وجود القاعدة القانونية وأساس إلزام القاعدة القانونية ، كما يتفق مع غالبية الفقهاء الذين ينظرون الى مذهب ديجي هذه النظرية . أما نحن فلا نأخذ بتلك التفرقة ، كما أننا نحب أن ننهب الى أن تمييز « مدرسة القانون الطبيعي » يختلف عن تمييز « مدارس المصدر الطبيعي » وكذا تمييز « المدارس الوضعية » يختلف عن تمييز « مدارس المصدر الوضعي » كما سبق أن أوضحنا .

هذه الإرادة وتعلق عليها هي واقعة التضامن الاجتماعي التي أضاف إليها بأن القاعدة القانونية لا يمكن أن يكون انتهاكها محل جزاء إلا إذا خالف في ذات الوقت واقعة التضامن والشعور بالعدالة معا . ولذا قال بأنه لم يكن هناك قانون دولي خلال الفترة التي لم تعرف فيها الدول علاقات التضامن^(١) . والواقع ان تقدير نظرية ديجي أمر من الدقة بمكان لأن الحقيقة والخطأ فيها يختلطان^(٢) فالنظرية صادقة فيما قرره من صفة اجتماعية للانسان الأمر الذي دعا صاحبها لأن يعطى لتضامن الناس وترابطهم تلك الأهمية الكبرى .

ثم أننا يجب ألا ننكر الفائدة التي تقدمها للقاضي لأن استقرار التضامن يأتي عن طريق دراسة الأصول التاريخية ، ومثل تلك الأصول تعين القاضي على تحديد معنى القواعد المطبقة فعلا^(٣) ، ومثال ذلك الأسباب السياسية التي دعت الأمم المتحدة الى التدخل في الحرب الكورية فقد كانت هذه الأسباب أهم من بحث مشروعية أو تفسير اجراءات التدخل في توضيح معنى بعض نصوص ميثاق الأمم المتحدة .

ولكننا نأخذ على النظرية عدة مأخذ . ذلك أننا لو قلنا مع ديجي بأن القانون يختلط بالعقيدة في واقعة اجتماعية هي التضامن كان من الصعب أن نستمد من مجرد الوجود الاجتماعي لهذا القانون فكرة الالتزام اذ فرق بين القانون وبين الوقائع ذات القيمة العلمية . فالوقائع ذات القيمة العلمية

(١) يذهب شارل دي فيشر - المرجع السابق ص ٣٤٦-٣٨٦ - الى أن شعور العدالة والتضامن الاجتماعي اللذان هو أساس كل قاعدة قانونية لا يمكن أن يولد الا في الضمائر الفردية ولكنه يفتقر من ديجي في انه يرى أن الأصل الفردي للقواعد القانونية الدولية لا يعني مطلقا أن يقتصر تطبيق هذه القواعد على الأفراد ، فإذا أحسن الناس بضرورة تطبيق بعض القواعد في العلاقات المتبادلة الجماعات التي ينتمون إليها فإن المصلحة التي تهتمهم ويبحثون عن حمايتها ليست فردية الا بطريق غير مباشرة فهي في جوهرها مصالح جماعية ، ولذا فإن فيشر لا يقدّر أهميتها في النطاق الفردي وإنما في النطاق الجماعي ، فأساس القاعدة هنا هو في الضمير الذي لدى الأفراد من الوحدة التي تربط الجماعات وليس كما تصور ديجي في الشعور بالوحدة مباشرة .

(٢) لوفر - القواعد العامة ، المرجع السابق - ص ٨٠ ، ٨٧

(٣) Paul Guggenheim - Relations internationales et droit international public, 1939, t. 1, p. 445 et s.

تقرر الحقائق ولا تأمر بها ، فعالم الطبيعة مثلاً عند ما يقول ان الضوء يسير بسرعة معينة ، انما يقرر واقعة علمية ذات صفة كاشفة ولكنه لا يأمر بها ، كما أن هذه القاعدة كذلك ليست أمرة فيما يتعلق بسرعة الضوء ، أما القانون فليس واقعة خالصة بل يتكون لازماً من عنصر تقدير عقلي . ومن ثم يكون من القصور أن نقول إن واقعة التضامن الاجتماعي تخلق القانون وتفسر قوته الملزمة لأننا بذلك نستند الى الوقائع فحسب في تفسير الأساس الملزم للقانون ولا ندعم تلك الوقائع بالعنصر العقلي .

وقد أراد ديجي أن يرد على هذا النقد فأضاف الى فكرة التضامن فكرة الشعور العام بالتضامن والعدالة كما قلنا . ولكن ديجي قصد بذلك مجرد الشعور فحسب ولم يلجأ الى فكرة موضوعية مستقلة عن الارادة الحرة للانسان لأنه كان على ما يبدو لا يقيم وزناً للعقل البشرى على الأقل من ناحية شعوره بالعدالة والتضامن . وقد عني ديجي بذلك الشعور شعور مجموع الأفراد وليس غاليتهم بمعنى أنه يلجأ الى شعور جميع الأفراد الذين يحون في المجتمع الأمر الذي يدعونا الى التساؤل عن طبيعة هذا الشعور المشترك العام ، هل قصد به ضميراً جماعياً متميزاً عن ضمير كل فرد في الجماعة ، أم قصد به المجموع العددي لضمائر أفراد المجتمع ؟

إذا قلنا ان المقصود هو الالتجاء الى ضمير جماعي له ذاتية تميزه عن ضمائر الأفراد فانه يكون وهماً لأنه لا يوجد ضمير جماعي في الحقيقة بهذا المعنى . وإذا قصدنا بالضمير المشترك مجرد واقعة اجتماعية تتكرر في مختلف الضمائر وتبعا تتعدد بتعدد الضمائر فان هذا التصور يمكن أن يقود الى تحكم الفوضى باعتبارهم الأغلبية الساحقة .

ومن ثم ، فسواء نظرنا الى الضمير المشترك على أنه معنى عقلي لفكرة أو على أنه مجموع عددي لضمائر الأفراد المكونين للمجتمع نجد أن الأساس الذي يقيم ديجي نظريته عليه أساس مشكوك فيه ولا يعلو أن يكون

في مجموعه عودا الى الفكرة القديمة عن الطبيعة^(١) ، رغم أن نظرية ديجي
ثمرة منهج عقلي خالص .

كذلك يبدو أن ديجي لم يقدر الأثر الخطير الذي يترتب على مناهضته
لفكرتي الشخصية القانونية والحق عموما ، ذلك أنه في الوقت الذي أقام فيه
ديجي نظريته على التضامن الاجتماعي فإنه بانكاره للشخصية القانونية والحق
يعرض حريات أفراد المجتمع للخطر لأن فكرته تقود بسهولة الى التضحية
بالدولة كنظام وتبعا بالقيم البشرية التي تقوم الدولة على حمايتها .

وقد تابع جاستون جيز^(٢) خطى ديجي مقترحا أن تتبع طريقة واقعية
دقيقة تقوم على ملاحظة البيئة الاجتماعية ، ولذلك فرق بين سلطة القانون
pouvoir de droit التي هي سلطة قانون وضعي تفرض على المشرع نفسه ،
وبين سلطة الواقع pouvoir de fait .

ونظرا لأن سلطة القانون تخضع المشرع لقانون علوي يأخذ ظروف
البيئة في اعتباره ويخضع المشرع لهذا القانون الأعلى ولو لم يتوافر لذلك
القانون العلوي جزاء منتظم لأن عدم وجود جزاء منتظم لا يلغى مطلقا قوته
الملزمة واحترامه ، وعلى أساس التفرقة بين سلطة القانون وسلطة الواقع ،
فإن المشرع لا يملك أن يغير المراكز الفردية في رأى جيز . وقد ذهب جيز
الى أن قانون بلد ما هو مجموعة القواعد التي تطبق فعلا في هذا البلد في وقت
معين .

وأول ما يسترعى الاهتمام في نظرية جيز هو فكرة فعالية القانون^(٣)
أي تطبيق القانون فعلا ، الا أنه بالغ في الأخذ بفكرة الفعالية فاعتبرها

(١) قارن مارك ريجلد - المرجع السابق - وكذلك

N. Politis - L' influence de la doctrine de Léon Duguit sur le developement
de droit international. سنة ١٩٢٢ (١ - ٢)

Jéze - Les Principes du droit administratif, t. I, 36. 6d. 1925

(٣) جورفارا - المرجع السابق - ص ٢٢

المعيار الوحيد للقانون ، بمعنى أن كل نظام يطبق فعلا يمكن أن يوصف بأنه قانون سواء صدر عن جهاز مختص نظاما أو عن عصابة مختصين ، وهذا قول يعادل بين القوة والقانون ولا يفرق بين التصرف المشروع والتصرف التحكيمي (١) .

كذلك يؤخذ على رأى جيز :

(أولا) انه اذ يخضع المشرع لسلطة قانون أعلا ، انما يردد الفكرة القديمة للمدرسة القانون الطبيعي التي أسلفنا ذكرها والتي تجعل للقانون الطبيعي علويته بالنسبة للقانون الوضعي وهي فكرة تريد المدرسة الحديثة استبعادها بأي ثمن .

(ثانيا) أن المراكز الفردية على النحو الذي فهمها به جيز لا تكفي لتأكيد احترام هذا القانون ، ذلك أن كل مركز فردي ليس له أى معنى اجتماعي عملي الا اذا وجد مركز عام يحميه ، فاذا كان للمشرع حق تغيير المراكز العامة فان هذا يؤدي عملا الى عدم بقاء شيء لمن يعينه المركز الفردي . وتبعاً لذلك فان المشرع يتمتع — من حيث الواقع — بسلطة مطلقة . ولذلك نعود فنكرر ما سبق أن قلناه من أن خير تحديد لسلطة المشرع نفسه لا يتأتى الا عن طريق العدالة العقلية ، أما الالتجاء الى أية فكرة أخرى فيهدد القانون بالخطر بدلا من تأكيده كما تريد المدرسة الحديثة وغيرها من المدارس التي تعالج مصادر القانون .

ومن الفقهاء الذين أكلوا في مهارة وعبقريّة فكرة ديجي في النطاق الدولي الفقيه اليوناني بولتس (٢) . فقد ذهب هو أيضا الى أن التضامن والترابط هو أساس القانون ، ولكنه حاول أن يسد الثغرة التي ينفلخ منها النقد الى نظرية ديجي وهي ان القانون ليس مجرد واقعة ، فقال : ان واقعة

(١) جوجنهايم — العلاقات الدولية ، المرجع السابق — ص ٢٢

(٢) راجع : N. Politis — 1. La justice internationale, 1924.

2. Les nouvelles tendances du droit international, 1927.

3. L'influence de la doctrine de Léon Duguit.

التضامن تصبح واعية conscient عند ما تستثير الشعور بالتضامن وعندئذ تكتسب صفة الالتزام . وأضاف بولتس أننا إذا لم نبحث عن القانون في الضمير فلن نجد له مصدرا في أى مكان آخر متسائلا ماذا تكون العدالة ان لم تكن هى ما نحس به .

وهذا التفسير — فى رأى بولتس — هو الذى يعلى بطلان قواعد القانون الوضعى اذا ما عارضت الأفكار التى نحسها بشعورنا وضميرنا .

وينبى بولتس على مدرسة القانون الطبيعى التقليديّة أنها تخلط الأخلاق بالقانون فى حين أن القانون وحده هو الملزم ، وأنها تلجأ الى عقل موضوعى لوجود له فى الحقيقة لأنه متغير ولا يمكن أن يتصف بالثبات .

ولكن يعاب على رأى بولتس ما سبق أن عناه على رأى ديجى . فهو لم ينجح فى تفادى النقد القائم على أن التضامن الاجتماعى كمجرد واقعة لا يمكن أن يفسر الأساس الملزم للقانون ، وأن ما يقر فى الضمير هو أفكار قد تكون مضللة أو متعقدة ، ومن ثم فلا بد من مراقبتها مراقبة فعلية . ونحن لا نقصد بهذه المراقبة أن تكون مجرد تحقيق بعض الوقائع ، وانما نقصد تحقيق واجبات وحقوق كل شخص .

ولعل أبرز الفقهاء الذين حاولوا عرض نظرية ديجى فى ثوب جديد هو الفقيه الفرنسى جورج سيل (١) الذى وقف من السيادة المطلقة ذات موقف المعارضة الذى سبق أن اتخذ ديجى منها وأقر بأن الواقعة الاجتماعية تخلق التضامن ، ولكنه أردف ذلك بأنه تضامن مضطرب وغير دقيق فى النطاق الدولى . ولذا ذهب الى أن هذا التضامن ترجمه ضرورة أعق هي الضرورة البيولوجية للبقاء التى تعتبر أساس القانون الوضعى . ومعنى

(١) راجع : George Scelle - 1. Précis de droit des gens, principes systémat — iques, 1932.

2. La doctrine de Léon Duguit et le fondement du droit des gens.

أرشف فلسفة القانون وعلم الاجتماع القانونى (١ - ٢) سنة ١٩٣٢

هذا أن جورج سيل اعتبر أن البيولوجية هي مصدر القانون ولنا أسماها البيولوجية الانسانية بوصف أن الانسان كائن عاقل ذو أخلاق ويلتزم بالقوانين التي تعد عند ديجي جزءا من الطبيعة .

وهذا المعنى فهم سيل القانون الطبيعي على أنه طبيعي بيولوجي ، لأنه سابق على القبول ويسمو عليه بل وعلى كل ضمير ، ويمكن أن يقوم ولو لم يتوافر له الجزاء .

وطبيعي اذا كانت هذه هي فكرة سيل أن يستبعد الفكرة الارادية للقانون لأنها في رأيه حلقة مفرغة ، ولذلك ربط صلاحية القانون الوضعي بمطابقته للقانون الموضوعي بوصف أن القانون الموضوعي هو القانون القواعدي أو السببي causal ، أى القانون الذى يتضمن القواعد الأساسية وعنه يتسبب القانون الوضعي . وهذا هو ما يسميه جورج سيل بالفرض اللازم .

ولكن أين نجد سيل قانونه الموضوعي ؟

انه يعتمد على ما أسماه الحقيقة العلمية في موضوع القانون ، وباسم هذه الحقيقة يحيل الى الجماعة الدولية عديدا من حالات الاختصاص التقديرى للدول ، ويقول : ان بعض العقوبات الجماعية قد تبوق تطور القانون الدولى ولكن الأمر يتعلق أولا بالبقاء ثم يأتى بعد ذلك التقدم ، أى أن سيل يضع الفائدة الاجتماعية في المرتبة الثانية ، ثم تضاهى اعتبارات العدالة والأخلاق في المرتبة الأخيرة كعناصر تقريبية . وتبعاً فليست هناك رابطة بين ما هو كائن وما هو واجب لأن الأخير لا يفسر عنصر السببية .

والحق أننا لا نستطيع أن ننكر أن غريزة البقاء حقيقة بيولوجية ، وأنها أحد العناصر الأساسية التي يضعها القانون في اعتباره ، ولكن حتى كذلك أن غريزة البقاء ليست هي كل شيء ، فهي قد تكون موضوع تقدير القانون ولكنها ليست مصدر القانون لأن غريزة البقاء يحتمل أن ترتب نتائج تتعارض مع بقاء الآخرين .

ثم ان أية قوة مهما كانت لا تملك - استنادا الى قوتها فحسب - أن تدعى حقا قانونيا في فرض ما تشاء ، في حين أن سلطة القانون تصل في الحالات القصوى الى حد أن تطلب الى الأفراد التضحية بأرواحهم ، فكيف يكون مصدر القانون حقيقة بيولوجية هي الرغبة في البقاء ، ومع ذلك يكون من سلطة القانون في بعض الحالات أن ينهى هذا البقاء . ان التوفيق بين هذا التناقض لا يأتي الا اذا فهمنا نظرية جورج سيل على أنها احياء لنظرية دارون في المجال القانوني .

كذلك تعارض نظرية سيل الحقائق التاريخية لأن الجماعة الانسانية سبقت القانون في الوجود ، فكيف نقول مع هذا ان الحدث الاجتماعي وضرورة المحافظة على حياة الجماعة وبقائها هو أساس القانون . ولذا قد تصلح نظرية جورج سيل لتبرير وجود القانون ، ولكنها لا تصلح لتفسير أساسه الملزم^(١) .

مدارس المصدر الوضعي

تمهيد :

ذكرنا في صدر هذا الفصل أننا نفي بمدارس « المصدر الوضعي » تلك المدارس التي تجمعها فكرة أن القانون نتاج تصرف واع ذي أثر قانوني .

والواقع أن الوضعية ظاهرة حديثة نسبيا^(٢) وهي تقوم أساسا على تحرير قواعد قانون الشعوب من النزعة الدينية ، ولذا تعتبر من الناحية التاريخية فكرة معارضة للقانون الطبيعي . وفكرة التحرر هذه هي التي مهدت الطريق

(١) الأستاذ الدكتور حامد سلطان والدكتور عبد الله المريان - أصول القانون الدولي

طبعة سنة ١٩٥٣ - ص ١٢

(٢) يقول شارل دي فيشر - المرجع السابق - ص ٦٩ : ان الملعب الوضعي هو الذي سيطر على الحركة الفقهية منذ نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين .

لظهور النظريات الوضعية الحديثة (١) التي تنظر الى القانون نظرة علمانية خالصة . وهي نظرة لا تخلو الى حد ما من فائدة في الوضع الحالي للقانون الدولي العام لأنها تساعد على أن يتخذ هذا القانون صفته العالمية ، في حين أن الأفكار الأخلاقية والدينية — بسبب اختلافها وتباينها من جماعة الى أخرى — قد تقف عقبة في سبيل ذلك .

وقد بدأت الوضعية في نطاق القانون الدولي العام برشيد حالة الطبيعة — التي هي المبرر الرئيسي لنظرية القانون الطبيعي (٢) — وذلك على أساس أن الجماعة الدولية تتكون من مجموع أشخاص مستقلين ذوى سيادة ، وهم يتمتعون بهذا الاستقلال ليس فقط في علاقة كل عضو منهم بالأعضاء الآخرين — إذا نظرنا اليهم نظرة فردية — بل كذلك بالنسبة لمجموع الأعضاء .

وقد اضطر أنصار النظرية الوضعية — إزاء هذه الفكرة الاستقلالية — أن يقرروا للقانون الدولي العام الوضعى بأصل اتفاق رغم أنهم أنكروا هذا الأصل على القانون الوضعى الداخلى (٣) ، مدفوعين الى ذلك الاقرار بوضع سياسى يرجع الى أن فكرة حالة الطبيعة ومذهب السيادة المطلقة كان له قوة مثالية بالنسبة للتكوينات الحديثة للدول التي تريد أن تتخطى العقبات التقليدية التي تربطها بالبابوية أو بالامبراطورية ، ثم — في تاريخ لاحق — الى اهتمام الامبريالية الاستعمارية باستغلال هذه الأفكار لتبرير تدخلها باسم الانسانية والسلام أو أية مثالية أخرى (٤) .

(١) راجع ص ١ وما بعدها . Veril - A panorama of the law of nations, 1950

Giuliano - La comunità internazionale e il diritto, 1950

(٢) نحب أن نوضح من الآن أن الوضعية لم تنكر وجود نظام موضوعى علوى تفرضه الإرادة الانسانية ولكنها تقف من هذه الفكرة موقف علم الاعتبار بمعنى أنها تنكر وجود أية علاقة لهذه الفكرة بالقانون ، ولذا فهي لا تملك الصفة الملزمة للقواعد القانونية على موافقتها لاعتبارات العقل العليا والملاذلة والتخبر المشترك على نحو ما سنوضح في المتن فيما يلى .

راجع فيشر — المرجع السابق — ص ٧١

(٣) جوفارا — المرجع السابق ص ٦٠٩

(٤) يمثل بعض الفقهاء الوضعية في القانون الدول العام بمدرسة الشرح على المتن في القانون الداخلى من حيث أن كليهما ازدهر في فترة هنرم فيها تقديس القاعدة واتسك بالشكل .

H. de Page - Traité de droit civil, T. I, p. 15.

راجع في هذا المعنى

ويمكن أن نجمع أهم نظريات المصدر الوضعي في مدرستين هما :

١ - المدرسة الارادية La volontarisme

٢ - المدرسة القواعدية normative

ونعالج كلا من المدرستين على حدة .

١ - المدارس الارادية :

المدارس الارادية ، هي المدارس التي ترى أن القواعد القانونية أحكام أوجدتها الارادة (١) . وهي نظريات ذات أصل ألماني تستمد فلسفتها من فكرة جان جاك روسو القائمة على أن القانون ما هو الا تعبير عن الرغبة العامة للحياة (٢) .

وقد اتجه الفقه في تطبيق هذه الفكرة بالنسبة للقانون الدولي العام اتجاهين أخذ أولهما بنظرية الارادة المتحدة ، وأخذ الثاني بنظرية التحديد الذاتي .

والذي يبدو لنا أن المذهب الارادى في قوله بأن ارادة الدولة هي المصدر الوحيد للقانون الدولي ، وأن هذه الارادة قد تكون صريحة في صورة معاهدات ، وقد تكون ضمنية في صورة عرف (٣) . يبدو لنا أن هذا القول متأثر بالمدرسة الطبيعية لأن هذه الارادة تعتبر من الناحية الموضوعية ظاهرة من ظواهر الطبيعة وإن كانت المدرسة الطبيعية تضع الارادة في المرتبة الثانية . على أن كلا من المدرستين - الطبيعية والارادية - لم تتعمق في تحليل الارادة إذ لا تهتم بتمييز الارادة عن فكرة الحرية التي تعتبر العنصر الجوهري الداخلى للارادة ، لأنها تنظر الى الحرية على أنها مجرد حرية نفسانية وليس على أنها حرية قانونية بالمعنى الصحيح .

(١) الدكتوران حامد سلطان وعبد الله العريان - أصول القانون الدولي، سنة ١٩٥٣ - ص ٨

(٢) الدكتور أبو حيف - المرجع السابق - ص ٧٥

(٣) Anzilotti - Cours de droit International - traduction de M. Gidel, Paris, (٢) 1928 p. 68.

ومن ثم فإن النظرية الارادية - على المعنى السالف - يمكن أن يعاب عليها ما يعاب على النظرية الطبيعية من حيث أنها لا تفرق بين الكائن والواجب ولكن هذا لا ينفي أن المذهب الارادى يتضمن جزءا من الحقيقة ، هو أن الدولة هي وحدها التي يمكنها - بحسب التنظيم الحالى للقانون الدولى العام - أن تحرك الجزاء القانونى المنظم ، بيد أن هذا لا يبرر القول بأن الدولة هي فقط التي تخلق القانون (١) لأن مثل هذا القول انما يخلط بين فكرة الجزاء وبين فكرة القانون . ولا يمكن أن نفهم فكرة الدولة من الناحية القانونية على أنها سلطة تحكمية تأتي ما تشاء من تصرفات دون أن تلتزم بالخضوع لقانون موضوعى أعلى ، لأن هذا القول يعنى تأسيس القانون على القوة ولا شك أن وصف القانون بالقوة يعادل انكار القانون ، ولعل هذا هو الذى دعى البعض الى القول بعدم وجود قانون دولى .

اننا لا ننكر أن القوة تقيم القانون الوضعى ، فأحيانا قوة الدولة هي التي تحمي القانون رغم أن بعض قواعد هذا القانون قد تكون غير عادلة ، ولكن هذا لا يؤدي الى القول بأن القوة هي التي أقامت هذا القانون ، اذ لو كانت القوة هي التي تقيم القانون لوجب أن تتقابل فكرتا القانون والقوة دائما ، أما اذا وجدت حالات لا تتقابل فيها الفكرتان ، فان هذا يكفى لهدم الرأى الذى يذهب الى أن القوة هي التي تخلق القانون . والملاحظة تثبت أن القانون لا يفرض بالقوة دائما ، ولعل قواعد القانون الدولى هي من الأمثلة الواضحة على ذلك .

ان الارادة بالمعنى الذى تؤخذ به فى القانون هي ارادة حرة ولها ذاتيتها وتستطيع بلا شك أن تخلق مراكز قانونية جديدة . ولكن الارادة بهذا المفهوم

(١) وهذا ثابت تاريخيا كذلك لأن القانون وجد فى صورة عرف فى الجاساعات البشرية الأولى قبل وجود أى تنظيم حقيقى للسلطة الجاساعية .

رابع :
A. Maret et G. Davy — L'evolution de l'humanité des clans aux empires,
Paris, 1931, p. p. 80,81

تفترض العقل الذى هو وسيلة التعرف على العدالة ، ومن ثم فإن حريتها ليست مطلقة لأنها تتحدد بنطاق انطباقها على العقل . ويجب ألا نخلط بين هذه الفكرة السلوكية *ethique* وبين الفكرة النفسانية التى تفسر الإرادة كظاهرة طبيعية ، لأن الإرادة — كواقعة نفسانية — لا يمكن أن تكون خالقة للقانون بدون فكرة العدالة التى توجهها ذلك أن الإرادة وإن استطاعت خلق مركز قانونى جديد عن طريق القبول الصريح أو الضمنى لمركز واقعى (١) إلا أن هذا مشروط بالألا يكون الوضع منافيا للعدالة ، وقد يكون العكس هو الصحيح أى أن القانون هو الذى يحدد الإرادة وليس الإرادة هى التى تخلق القانون .

قد نفهم الفكرة الآمرة للقاعدة القانونية على أنها الإرادة التحكيمية للدولة إذا تعلق الأمر بالقانون الداخلى ، ولكننا لا نقبل ذلك المفهوم فى القانون الدولى العام إلا إذا قصدنا الى انكار وجوده لأن شخص القانون لا يحدد لنفسه القانون الذى يسير عليه ولأن إقامة القانون على إرادة الدولة يعطى للدولة حق التدخل منه بإرادتها كذلك فى حين أن القانون يلزم الدول بمعاهدات أو بقواعد عرفية لا يتوافر فيها هذا الرضاء من الناحية الافتراضية (٢) على نحو ما سنوضح .

ثم إن المذهب الإرادى لا يوضح لماذا تلزم الدول التى نشأت حديثا بقواعد العرف الدولى التى استقرت فى الجماعة الدولية قبل نشوء هذه الدول أى لم تشترك فى إقامتها بل وقد تعترض عليها ، وكيف تفرض بعض أحكام المعاهدات على غير عاقدتها ، ولماذا تستمر نافذة حتى بعد انتهاء المعاهدات وسبب اختفاء بعض القواعد تلقائيا من القانون الوضعى .

(١) لأن قبول المفهوم لمركز اكتسبه الغير حياله بطريق غير مشروع يحيل هذا المركز الى مركز مشروع .

(٢) *Briefly—Force obligatoire du droit international*

مجموعة محاضرات لاهى — سنة ١٩٢٨ ج ٣

ثم ان وصف العرف بأنه ارادة ضمنية هو وصف غير سليم ولا يعلو
أن يكون حيلة تصويرية (١) .

هذا فضلا عن أن المبادئ العامة — على قول من يرى أنها مصدر مستقل
من مصادر القانون الدولي — إنما تنشأ مستقلة عن ارادة الدولة (٢) .
وقد حاول الفقهاء تجنب النقد الذى وجه الى فكرة الارادة كمصدر للقانون
فانقسموا فى تلك المحاولة — كما قلنا — الى نظريتين : نظرية الارادة المتحدة ،
ونظرية التحديد التلقائى .

ونبدأ بنظرية الارادة المتحدة Vereinbarung التى تقرن باسم مبتدعها
الفقيه الألمانى تريبل (٣) .

وقد استعمل تريبل لفظ Vereinbarung وهو لفظ يصعب إيجاد ترجمة
دقيقة له ، ويعنى اجتماع ارادات مماثلة أى ارادات تهدف كلها الى غرض
واحد (٤) ، وذلك لكى يفرق بين هذه الارادة وبين العقد contrat .

فاتحاد ارادات اللول — أى الاتفاق accord — على عكس العقد
يمكن أن يولد قواعد قانونية حقيقية لأن التعبير عن الارادة اذا صدر بذات
المضمون من عدة دول يتحد فى ارادة مشتركة عليها .

وتفرقة تريبل السابقة بين الاتفاق والعقد لا تختلف كثيرا عن التفرقة
التقليدية بين المعاهدة الشارعة والمعاهدة العقد .

(١) بولتس — دراسة من ديجى ، المرجع السابق — ص ٧٢

وكذلك :

G. del Vecchio—Essai sur les principes généraux du droit; Justice, Droit,
Etat, 1938, p. 152

(٢) جوجنهايم — المبادئ العامة — المرجع السابق — ص ٣١

(٣) Triepel—Rapports entre le droit interne et le droit international

مجموعة محاضرات لاهى سنة ١٩٢٣ ج ١ ص ٧٧-١٢١

(٤) الدكتور أبو هيف — المرجع السابق — ص ٧٧ (المماش) .

وعلى هدى من هذه الفقرة يقول تريبل : ان مصدر القانون لا يمكن الا أن يكون الإرادة المتحدة للدول لأنها وحدها هي التي تفوق في السلطة الإرادة المنفردة للدولة (١) ولذلك لا يستطيع الاطراف التحلل بإرادتهم من الالتزامات التي اربطوا بها (٢) .

والذي نراه أن نظرية تريبل عن الرضاء المشترك ليست الا وجهها آخر لنظرية العقد الأجتماعي ، وهي نظرية محل انتقاد الكثيرين .

وقد اتخذ تريبل نقطة بداية مضللة لنظريته عند ما فرق بين الاتفاق والعقد ذلك أنه في الاتفاق - كما في العقد - للإرادة معنى متماثل ، والذي يختلف عند المتعاقدين هي البواض فقط . ولذا لا يمكن فهم هذه الفقرة الا اذا افترضنا أن للشخص ضميرين مع أن الثابت أن للشخص ضميرا واحدا .

ان هذه النظرية تقوم على حيلة خالصة اذ تجعل من الإرادة المشتركة للدول مصبرا للقانون الدولي العام (٣) لأن الحقائق التاريخية تثبت أنه لا يوجد الا الاغراب عن ارادتين ولا شيء آخر .

(١) الدكتوران حامد سلطان وعبد الله المريان - المرجع السابق - ص ٩

(٢) وقد لاق هذا الرأي تأييدا في الرأي المعارض الذي أبداه القاضي عبد الحميد بنوي (باشا) على الحكم الذي أصدرته محكمة العدل الدولية في النزاع الكولومبي البيروفي بشأن حق الملجأ في ١٩٥٠/١١/٢٠ اذ قال :

"Sans avoir à examiner si une coutume internationale peut abroger une règle de droit positif on doit admettre..." "Recueil, 1950, p. 43.

(٣) قارن تعريف أوبنهايم للرضاء المشترك بأنه رضا صريح أو غسبي لمجموعة كبيرة بحيث لا يكون للمخالفين أية أهمية ويحتفون مطلقا في نظر من يبحث عن ارادة الجماعة كوحدة متميزة من ارادة أعضائها .

Oppenheim by Lauterpacht, 1935, p. 52.

ويلاحظ على هذا التعريف أن الاجتهاد الى الرأي العام كجزء نهائي للقانون لا يعطى للتعريف معنى مختلفا اذ من المفهوم غسبا على وجه العموم ان الأمر لا يتعلق بمجموعة أحكام ولكن بحكم عامي أخذ به التصرف .

وإذا كانت الاتفاقات تنتج قواعد قانونية في القانون الداخلي ، فذلك لأن هناك قواعد عليا تقرر تلك الاتفاقات بهذه المكنة ولا يمكن أن يربط الاتفاق شخصاً إلا إذا وجدت قاعدة عليا تقضى بذلك .

ثم إن قيد الإرادات المتحدة لا يوضح لنا لماذا لا يستطيع الأطراف التحلل من التزاماتهم إذا قصت مصالحهم الخاصة بذلك عليهم وكان في إمكانهم أن يحققوا هذا التحلل مخالفة لقاعدة أمرة من قواعد القانون الدولي العام . الحق أن الأطراف إنما يلتزمون قانوناً في هذا الفرض على أساس فكرة عقلية للعدالة .

كما أن للنظرية نتيجة خطيرة أذ يترتب على الأخذ بها ألا يوجد نظام قانوني واحد ، بل توجد عدة أنظمة قانونية دولية تتعدد بتعدد الاتفاقات وذلك لأن النظرية تجعل لكل اتفاق وجوداً ذاتياً (١) .

والآن وقد استعرضنا نظرية الإرادات المتحدة ننتقل إلى النظرية الأخرى وهي نظرية التحديد الذاتي auto-limitation ، وكان أول من قال بها العلامة الألماني Ihering وتخلص في أن الدولة لا تلتزم إلا بإرادتها الخالصة ، ولكن من صالحها في علاقاتها بأشخاص القانون الآخرين أن تخضع لقواعد معينة تقرها ثم تصبح ملتزمة بها بحكم واقعة الإقرار هذه فلا تملك بعد ذلك أن تخالفها بإرادتها المنفردة . ونظراً لأن هذه القواعد ، التي تقررت بإرادة الدولة ، إنما تحد من حريتها في علاقاتها بالدول الأخرى فقد سميت بنظرية التحديد الذاتي أو التلقائي .

وأول ما يدعو إلى التساؤل في نظرية هرنج هو التساؤل عن طبيعة الاستحالة التي تمنع الدول من مخالفة قواعد قررتها بإرادتها الخاصة ، وهل هي استحالة واقعية أم استحالة قانونية ؟

إذا قلنا أنها استحالة واقعة تناقضنا مع الحقيقة لأن الدول تستطيع عملاً أن تخالف هذه القواعد اللهم إلا إذا قصدنا أن الدول الكبرى هي التي ستحمي

(١) جولفارا - المرجع السابق - ص ٩٤

هذه القواعد ، وعندئذ تلبو نظرية اهرنج نموذجاً للنظريات التي تولد القانون من القوة لأنها في هذا المعنى تعتبر القانون منحة يقدمها الأقوياء لضعاف سلطتهم على نحو أفضل (١) . أما إذا قلنا بأنها استحالة قانونية — أى أن الدول تلزم قانوناً باحترام ما وضعته من قواعد بارادتها — كان علينا أن نقر بوجود قانون سابق على هذه الإرادة هو الذى يفرض ذلك الاحترام على الدول . ولذلك وصف كراب Krabbe نظرية اهرنج بأنها بناء يحاول التوفيق بين القوة والقانون (٢) .

وقد أراد جلنك أن يصلح من معايير نظرية اهرنج بصياغة علمية فقال — مع انكاره للقانون الطبيعي — بأن القوة الملزمة إنما تنبع من إرادة الدول بوصف أن الخاصية المميزة للدولة المعاصرة أنها دولة قانون وأن عليها أن تعترف ببعض القواعد التي تنجم منطقياً من طبيعة العلاقات القانونية الدولية وقبلها لها كبادئ تنظيم سلوكها قبل الدول الأخرى بطريق الالتزام من حيث أنها دولة قانون (٣) .

ورغم ما بذله جلنك من مجهود إلا أن رأيه لم يتجنب ما وجه لراى اهرنج من نقد وهو أن الدولة لا تلزم قانوناً إلا إذا وجد قانون يسمى على إرادتها ويفرض عليها ذلك الالتزام (٤) .

(١) لوفر — القواعد العامة ، المرجع السابق — ص ٢٣

(٢) مجموعة محاضرات لاهاي سنة ١٩٣٦ ج ٣ ص ٥٦٩ — ٥٨٠

Krabbe—L' idée moderne de l'Etat.

(٣) يقول فيشر :- المرجع السابق — ص ٦٩ — أن جلنك لم يزل القانون الدولى العام عن نظام موضوعى، حلوى بل فهم أن قانوناً بدائى التطور مثل القانون الدولى العام لا يمكن أن يتكون من نظام شكل خالص له ذاتيته بمعنى أن جلنك أقام علاقة تسلسل بين الأساس القانونى للقانون الدولى — وهو أساس ثلاثى وشكل عند جلنك — وبين الأساس السلوكى الاجتهادى لذلك القانون وهو الأساس الثنائى فى رأى جلنك . وتوضيح فكرة جلنك على هذا النحو يرفضها فى صورة متناقضة إذ يؤكد جلنك وجود نظام موضوعى يوحى الى إرادات الدول وفى ذات الوقت يستبعد كل التزام لا ينبج عن الاعراب الحرة لإرادة الدولة باعتباره أن مثل هذا الالتزام يناقى السيادة ، ثم أن جلنك يخلط الواجب الاخلاقى والقانونى للدولة بجهازها السياسى ، فلا عجب أن يقول جلنك بهذا : ان القانون الدولى العام فى مجموعه قانون فوضوى anarchique.

(٤) الدكتور هانم — المرجع السابق — ص ٤٨

وقد يكون من المناسب - ونحن بصدد استعراض المدارس الوضعية - أن نلمح في ايجاز الى نظرية الفقيه اليوناني سبروبولس (١) لأنها تقوم على نقد فكرة الإرادة كمصدر للقانون .

يقول سبروبولس بأن دراسة القانون الدولي العام كانت ذات صفة ثابتة على الأخص قبل الحرب العالمية الأولى سنة ١٩١٤ ، ولكن الوضع تغير بعد ذلك فانتقدت المذاهب القديمة ولم يعد القانون الدولي العام قانون ما بين الدول فقط بل أصبح موجهاً كذلك الى جماعات أخرى وربما الى الفرد نفسه - ان لم يكن اليه وحده - ولهذا فقدت النظرية التي أعلنت أن الدولة أساس القانون الدولي سبب وجودها .

ويتهى سبروبولس من ذلك الى أن القانون الدولي العام القديم كان يستند على فرض خاطيء بسبب الخلط بين القاعدة القانونية وبين ما يسميه هو بالفكرة أو البناء القانوني . فالقاعدة القانونية واقعة بمعنى أن الجماعة الدولية إنما تتبع القاعدة بالنسبة لواقعة معينة ، أما البناء القانوني فيكون نظرية وليس واقعة قانونية .

ويرى سبروبولس أن القانون الدولي العام يوضعه الراهن أحكامه غير كافية وقواعده بها نقص فلا بد من استكمال بناء هذا القانون بوضع نظام عام قادر على مقابلة المشاكل المتعددة التي تعرضها الحياة العملية وهذه عملية معنوية ذات أساس منطقي . وهنا نتساءل كيف نختار المبادئ التي نستكمل بها نظام القانون الدولي العام .

يقول سبروبولس : ان هذه مهمة الفقيه لأنه لا يكفي - في رأيه - أن تطبق الدول قاعدة معينة في علاقاتها المتبادلة لكي نصف هذه القاعدة بأنها قاعدة قانونية ، وإنما الفقيه هو الذي يكيف القواعد فيحدد ما هو قانوني منها ، أى أن الفقيه هو أول من يعطى للقاعدة صفتها كقانون دولي (٢) .

Spiropolous 1. Traité de droit international. (١)

2. Théorie générale du droit international.

(٢) سبروبولس - النظرية العامة ، المرجع السابق - ص ٢٩

ونظرا لعدم وجود قاعدة يهتدى بها الفقيه في تكييف القواعد فان هذا التكييف يكون تحكيميا .

وهكذا يعترف سربوبولس بأن نظريته تقوم على تأكيدات تحكمية ، ويمكن أن نضيف أنها أحيانا غامضة ومحل جدل . فاذا أردنا مثلا أن نحدد من هم أشخاص القانون الدولي العام نجد من الفقهاء من يقصر تلك الشخصية على الدولة ، ومنهم من يحصرها في الفرد وحده ، ومنهم من يجمع بين الدولة والفرد ، ومنهم من يضيف الى ذلك المنظمات الدولية ، وهكذا فكيف نحدد نقطة البداية في مثل هذا البحث ؟ هل يترك لكل فقيه أن يختار نقطة البداية كما يعتقد ونعتبر أن عقيدته تبرر اختياره ، أم نختار نقطة البداية بطريقة تحكمية ؟

يبدو أن سربوبولس أراد أن يتخلص من هذا النقد الجوهرى فقال بأن العمدة على رأى الغالب عند الفقهاء ^(١) ، فعلى كل جيل منهم أن يحدد قواعد قانونه ولا يلتزم أى جيل بالخضوع للحلول التى قبلها الأجيال السابقة .

والحق أن سربوبولس كان أكثر واقعية من ديجي عند ما أخذ برأى الغالبية لا بالرأى العام لأن من المتعذر أن نصل الى الإجماع . وهو يطبق مبدأ الفكرة الغالبة على كل نظريات القانون الدولي العام عدا نظرية أساس القانون لأن هذه النظرية — فى اعتباره — لا فائدة منها عملا ما دام ان ملاحظة الحقائق تقنعنا بوجود هذا القانون .

وأغلب الظن ان سربوبولس — عندما تكلم عن ارادة الغالبية — كان يهدف الى المسائل الاخلاقية أو الاجتماعية فحسب ، ولا يمكن أن يكون قد قصد الى الظواهر الطبيعية ، اذ من الواضح أننا اذا أردنا مثلا أن نعرف هل الشمس هى التى تلور حول الأرض ، أم الأرض هى التى تلور حول الشمس ، فاننا لا نلجأ فى تقرير ذلك الى التصويت العام . ولكن

(١) اراجع أنه يقصد بالفقهاء ، فقهاء القانون الدولي العام فحسب .

هذه الواقعة لا تعفى نظرية سربولس من أنها تهاجى المنطق فى جوهرها لما سبق أن أوضحناه من أنها تنسج بصبغة تحكية، ولأن سربولس يتناقض مع نفسه اذ يتمسك بأرائه رغم ان بعضها يخالف ما يذهب اليه معظم الفقهاء.

كذلك تقوم نظرية سربولس على النسيية لأن الانسان يستحيل عليه — فى عقيدة سربولس — أن يصل الى الحقيقة ، وتبعا فليست هناك حقيقة مؤكدة والرضاء عموما ليس الا دليلا فهو يقرر ولا يخلق . وقول سربولس هذا يعنى — فيما نرى — نفى العقل البشرى . .

٢ — المدارس القواعدية *Ecoles Normatives* :

ليس من جدل فى أنه كلما ذكرت النظرية القواعدية ذكر معها اسم صاحبها كلسن (١) .

وتقوم نظرية كلسن على فكرتين أساسيتين :

الأولى : هى التفرقة بين الواجب *sollen* والكائن *sein* (٢) .

والثانية : هى التفرقة بين فعالية القانون *effectivité* وبين صلاحيته *validité*.

ويقول كلسن — فى التفرقة بين الواجب والكائن — ان قواعد القانون تحدد ما هو واجب وليس ما هو كائن ، لأنه ليس من حق دون واجب ذى اعتبار جوهرى . ومن ثم فان الزام القاعدة القانونية لايد أن يستند الى قاعدة أخرى لأن الواجب لا يستنبط الا من واجب وليس من كائن حتى نصل فى ذلك التلرج الى قاعدة أساسية تحكم النظام كله أى تكون مصدر ذلك النظام . فكل قانون وضعى يفترض قاعدة أساسية تصفى حق فرض

Hans Kelsen 1. General theory of law and State, 1945 (١)

2. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public.

(٢) *Sein* , *Sollen* لفظان ألمانيان تقابلان على الترتيب اللفظتين الفرنسيين *devoir*, *être*

القواعد على سلطة أولى عليا . أى أن ذاتية النظام القانوني تستند فى النهاية الى القاعدة الأساسية التى هى أساس له سواء حصل الاستنباط منها باجراء ثابت statistique أو باجراء متحرك dynamique (١) .

هذه القاعدة الأساسية هى مجرد فرض وليس لها فى ذاتها أية قيمة ، بل هى مجرد وسيلة منطقية نفرضها دون أى دليل لكى نصل الى فهم سبب الزام القواعد القانونية . وتبعا فان القاعدة الأساسية تضيف على النظام القانونى كله صلاحية وبلوتها لا نستطيع أن نبرر الصفة الالزامية للنظام القانونى لأنها هى التى تحدد المصدر الأول للقانون ، فهى الفكرة التى تقرر وجوب تطبيق الاكراه فى الظروف التى قررتها السلطة العليا (٢) ، وبعبارة أخرى فان القاعدة الأساسية تعنى فى المجموع نقل القوة الى القانون وتحويل الواقعة الى واجب .

ولكى يبرر كل من أن القاعدة الاساسية هى فرض وذات نسبية بالقياس الى حقيقة كل قانون وضعى ، فانه يقرر - كبداً - أن القانون فى ذاته ليس عليه أن يتبع المطلق وأن كل قانون طبيعى أو مثل أعلى يعتبر غريبا على جوهر القانون ، وأنه ليس من عمل القانون أن يحدد قيا تكون منهجا يتفاه أى ليس من مهمة القانون أن يضع مثلا عليا ومبادئ نموذجية تكون بمثابة الهدف الاسمى الذى يسعى الى تحقيقه . ولذا ذهب الى أن دور الوضعية الحقيقية هو تحرير القانون من كل قانون طبيعى يخالف الاتجاهات المسيطرة للوضعية القانونية .

ولكن هذا لا يكفى لأن النظام القانونى فى رأى كل من هو نظام اكراه يصل بطريق مباشر أو غير مباشر الى الأمر بواقعة اكراه مادية . ففعالية

(١) كل من - مجموعة محاضرات لاهوتى - المرجع السابق - ص ٢٦٥ . والمقصود الاستنباط سواء عن طريق التفسير أو ما جرى عليه العمل .

(٢) أو السلطات الأقل ، وذلك فى الحالات التى تمنح فيها السلطات العليا السلطات الأقل هذا الحق .

القانون تعتبر عند كلسن شرطا جوهريا لقيام صفته الالزامية ، أى أن القانون الوضعى - فى مذهب كلسن - هو مجموعة قواعد فعالة تطبق فعلا ، وتكون نظام اكراه يتمثل فى الجزاءات والحرب .

اذن فالنظام القانونى - فى نظرية كلسن - هو تسلسل عدة قوانين لا تقف عند اثبات الحقيقة القانونية بل تنظمها ، أو بتعبير آخر النظام القانونى هو الذى عليه مهمة فرض أوامر وليس فقط اثبات مراكز واقعية . وقوة كل قاعدة تعتمد على قاعدة أعلى منها فى نوع من التسلسل درجته الأخيرة هى التى تحكم كل النظام ، أى أن كلسن صور القانون فى شكل هرم تتدرج قواعده من الفصول الى الأصول حتى تصل الى القاعدة الأساسية التى تملو جميع القواعد الأخرى وتكسبها قوتها ، والقاعدة التى اعتبرها كلسن مصدرا للقانون الدولى العام هى قاعدة أن الملتزم عبد التزامه (١) *pacta sunt servanda*

وقد وصف كلسن هذه القاعدة بأنها قاعدة عرفية ، أى أن القانون الدولى فى رأيه إنما يتكون من قواعد فرضت عن طريق الغرف استنادا الى التصرفات المختلفة التى صدرت عن الدول فى تنظيم علاقاتها المتبادلة وأن أولى هذه القواعد وأساسها الأعلى هو قاعدة « الملتزم عبد التزامه » .

ان نظرية كلسن كما شاهدنا تقوم على وضعية قانونية ناقدة ، فهو لا يعتبر من القانون الا القانون الوضعى ويضع له قاعدة أساسية تفرض صلاحيته بطريقة تحكيمية وينكر كل امكانية عقلية لفكرة العدالة ، فالعدالة عنده مثل أعلى غير عقلى والعقل فى عقيدته لا يمكن أن يحكم على قاعدة وضعية بأنها عادلة أو غير عادلة (٢) .

ان كلسن لا يعترف بوصف القانون الا للقواعد التى تفرض نفسها تبعا لارادة بشرية ، ولذا ينكر هذا الوصف على القانون الطبيعى وعلى القانون

(١) الدكتور أبو هيف - المرجع السابق - ص ٧٨

(٢) جوفارا - المرجع السابق - ص ٦١

العقل فليس قانونا الا ما تأمر به القاعدة الأساسية أو تقرره سلطة أو يفرضه عرف .

والواقع أن وضعية كلسن تعتبر استمرارا للوضعية القانونية التي سادت في القرن التاسع عشر والتي تجعل من الجزاء جوهر القانون وأن الدولة هي التي تنظم الاكراه وترى أن الدولة هي الشكل الكامل للقانون الوضعي وتلوب في النظام الذاتي للقواعد الفعالة .

ولكن نظرية كلسن هذه تعيبها ثغرات عرضتها للنقد الشديد من كثير من الفقهاء . ولعل أول ما يتبادر الى الذهن من اعتراض هو أن النظرية تقيم النظام القانوني في النهاية على افتراض . وربما أن كلسن كان يحس بوهن نظريته من هذه الناحية فأراد أن يدرأ عن نفسه النقد مبررا الأخذ بالافتراض في علم القانون قياسا على العلوم الطبيعية ، ولكن هذا التبرير غير مقبول لأنه يستند الى قياس خاطيء ، ذلك اننا نلجأ الى الافتراض في العلوم الطبيعية على أمل أن نصل الى توضيح هذا الافتراض ، وقد تؤكد التجربة الافتراض وقد تظهر خطأه فستبدل به غيره . أما في نظرية كلسن فالقاعدة المفترضة باقية هكذا أبدا أى أنها فرض غير قابل لاثبات العكس ولا هو خاضع لحكم التجربة .

وهكذا يقلب كلسن الأوضاع ويسلك الطريق من النهاية الى البداية بدلا من أن يسلكه من البداية الى النهاية ، فهو يضع أولا التجربة القانونية — أى القانون الوضعي بفعاليته — ثم يبحث بعد ذلك عن قاعدة أساسية يمكن أن تلائم هذا القانون وتفسر صفته الملزمة ، وبعبارة أخرى فان كلسن علق الصفة الملزمة للقانون على صلاحيته الواقعية بدلا من أن يعلق صلاحيته الفعلية على صفته الملزمة ، فعنده أن تحريم السرقة راجع الى أن القانون يعاقب السارق بدلا من أن عقاب السارق يرجع الى أن القانون يمنع السرقة . ان كلسن يستنبط صلاحية القانون الدولي العام من فعاليته ، فهو يقول : ان القاعدة القانونية ليست صالحة لأنها نظام بل لأنها يجب أن تطاع ، في حين أن العكس هو الأسلم اذ تعود فعالية القانون الى صلاحيته .

ثم ان كلسن وصف قاعدته الأساسية بأنها قاعدة عرفية ، وهو وصف مشكوك فيه لأن نفرا من الفقهاء يعتبرون أن قاعدة « الملزم عبد الزامه » قاعدة اتفاقية وليست عرفية . بمعنى أن مصدر التزام الشخص بما يتعاقد عليه هو ارادته واتفاقه مع الطرف الآخر على ذلك وليس لأن هذا هو حكم عرفي كما أن العرف عند فريق كبير من الفقهاء لا يخلق القانون ، وهو عند آخرين لا يخلق القانون الا عن طريق تصرف أو سلسلة تصرفات مادية تحوز قيمتها بالفكرة الموضوعية للعدالة .

وحقاً اذا سايرنا كلسن وافترضنا أن هذه القاعدة يمكن أن تكون مصدراً فإنها في رأى بعض الفقهاء (١) لا تصلح الا لتفسير جزء فحسب من قواعد القانون الدولي العام هو القانون الاتفاقي ، ولكنها لا تفسر العرف والمبادئ العامة ، بل أنها لا تفسر الا شطراً فقط من القانون الاتفاقي ، اذ كيف نفسر على أساسها مثلاً الزام معاهدة يكون موضوعها تحديد الحصانات الدبلوماسية في نطاق ما هو لازم لمباشرة الوظيفة بحرية فقط ، وهي معاهدة تخالف في مضمونها القواعد الآمرة في القانون الدولي العام .

ورغم أن كلسن قصد الى اقامة نظريته على منطق خالص ، فإنها قد جاءت متناقضة المنطق . ذلك أن قاعدة « الملزم عبد الزامه » واقعة أو كائن كما أكد كلسن بتفرقة السالفة ، ذلك أنه قال : ان الواجب لا يستنبط الا من واجب . والقاعدة السالفة لا تستنبط من واجب بوصفها القاعدة الأخيرة ، فكيف نقيم على الناس واجبا باحترامها على أساس أنها قاعدة قانونية وهي كائن وليست واجبا ، في حين أن الواجب — وليس الكائن — هو الذي يميز القاعدة القانونية .

الواقع ان هذا الواجب غير قابل لتحقيق تجريبي وأن وجوده لا يمكن اثباته بالاستناد الى أن السلوك البشري قد سار على نحو معين في لحظة معينة ، والمثل يؤكد ما نقول فسكران داهومي — قبل الاحتلال الفرنسي — كانوا

(١) لوفر — المرجع السابق — ص ٤٢

يسرون على عادة لا يحيدون عنها تقضى بأن يضحي بمئات بل بالآلاف الأرواح عند وفاة الحاكم (١) ، فهل يمكن أن نقول على هذا الأساس ان سلوك سكان داهوى يكون واجبا لا بدمن احترامه ؟ بلدى لا (٢) .

وتلقى فردروس النظرية السالفة عن أستاذه بمحاولة تنقيحها فذهب — كما ذهب كلسن — الى أن القاعدة « المترم عبد التزامه » هى أساس الالتزام فى القانون الدولى العام ، ولكنه لم يذهب الى أن الارادة هى خالقة القانون ، كما لم يقر للدولة بصفة المشرع الدولى وانما اعتبر سلطة التشريع ملك للجماعة الدولية تمارسها بارادتها العامة . ووصف سيادة الدولة بأنها تعبير عن الاختصاص الذى منحه قانون الشعوب للدولة مباشرة ، أما السيادة الكاملة — وهى اختصاص الاختصاصات — فلا تعود الا الى الجماعة الدولية .

واذا كان فردروس قد اتفق مع أستاذه فى تصوير القانون على شكل هرم قاعدته « المترم عبد التزامه » فانه خالفه فيما يتعلق بفحوى هذا المبدأ . فعند فردروس أن كل قانون وضعى يفترض فكرة العدالة ، وهو ليس الا محاولة قد تنجح وقد لا تنجح فى تطبيق هذه الفكرة على ظروف الأحوال .

وفردروس لا ينظر الى قاعدة « المترم عبد التزامه » على أنها مجرد قاعدة قانونية ، بل يعتبرها كذلك قاعدة سلوكية أى ذات قيمة واضحة ، وهكذا يضع القانون كدرجة خاصة فى عالم القيم ويرى أن القانون الوضعى وان كان قيمة نسبية تتغير مع تطور المدنية ، الا أنه مع ذلك يتأسس على القيمة المطلقة لفكرة العدالة ، وهو — ككل قيمة نسبية — ليس قيمة الا فى علاقته بقيمة مطلقة .

(١) لوفر — المرجع السابق — ص ٤١

(٢) يمكن أن نلاحظ عموما على رأى كلسن أنه بالغ فى استعمال التشبيهات العقلية فانه به ذلك الى ما عبر عنه François Gény بقوله :

“ L'idée complètement détachée de son objet, se trouve elle-même réalisée pour vivre d'une vie propre et sous aucun contact avec le réel vivant. A ce point l'abstraction ne peut plus que jouer le rôle d'un instrument opérant à vide ”.

Fr. Gény — Science et technique en droit positif. t. 1., p. 133

هكذا نرى أن فردروس يفسر قاعدة « الملزم عبد التزامه » باعتبار
أخلاقية وأدبية بوصف أن هذه القاعدة تمثل القيمة المطلقة وفكرة العدالة (١) .

ومن ثم فإن فردروس - في رأينا - لم يتمسك بالوضعية الخالصة
التي تمسك لها أستاذه كلسن ، إذ أضفى على القاعدة الأساسية اعتبارات
من العدالة تشبها ببعض ملامح من أفكار القائلين بالمصدر الطبيعي للقانون
الدولي العام (٢) .

(١) الدكتور غانم - المرجع السابق - ص ٥١ .

(٢) راجع Verdross في :

(أ) مجموعة محاضرات لاهي سنة ١٩٢٧ الجزء الأول ص ٢٥١-٢٢٣

(ب) مجموعة محاضرات لاهي سنة ١٩٢٩ الجزء الخامس ص ٢٨٥ وما بعدها .

الفصل الثاني

في

مصدر القانون الدولي العام في رأينا

تمهيد :

رأينا مما سلف أن مشكلة توضيح الأساس الملزم للقانون الدولي العام هي من المشاكل التي فشلت المدارس المختلفة في تقديم حل مقنع لها . فقد أخفقت مدارس المصدر الطبيعي في توضيح مصدر القانون الدولي العام لأن هذا القانون ليس مجرد علم طبيعي ، كما أن الفكرة التقليدية عن القانون الطبيعي أنكرت القيمة كمنصر أولى الأمر الذي زعزع منطلقها لأن انكار القيم يجعل من المتعذر أن نمنطق الأمور فالقيم هي وسيلة العقل في منطقة المسائل ، بل إن تلك الفكرة التقليدية وصلت في بعض صورها — كما سبق إيضاحه — الى انكار القانون الدولي العام من حيث أرادت تأكيد قيامه .

كذلك بان لنا أن الواقعة الاجتماعية عاجزة عن أن تزودنا بحل للمشكلة مثار البحث اذ يجب أن نميز النظام الاجتماعي من النظام الوضعي لأن النظام الوضعي يعتبر الحقائق الاجتماعية من زاوية تختلف عن زاوية الاجتماع بمعناه الدقيق ؛ ولم تكن النظرية البيولوجية أكثر توفيقاً لأن النشاط الغرائزي ليس هو كل شيء كما أسلفنا بيانه .

ورغم ما يؤخذ على النظريات الطبيعية من عيوب في تبرير الأساس الملزم للقانون الدولي العام فإنها هي التي سيطرت على الأفكار عند أول نشوء ذلك القانون حيث كان لا غنى لهذه البيئة عن الاستعانة بالاعتبارات المجردة في ارساء القواعد الأولى (١) .

(١) ولعل الخلاف المشهور الذي قام بين جروسويس وولدن حول حرية البحار هو من الأمثلة النموذجية التي تترجم هذه الحقيقة .

فلما كثرت التجربة الدولية وأثرت الخبرة القانونية بدأت تتضح علامات الوضعية في الدراسات القانونية الدولية وزكّتها عوامل أساسية ترجع الى تطور النظام السياسى الذى دخل أوروبا فى العصر الحديث (١) كما سبق أن ذكرنا .

وإذا كنا لا نستطيع أن نحدد ميلاد الوضعية على وجه الدقة إلا أن الثابت أنها ظهرت فى حقبة حديثة نسبياً كرد فعل واعي ضد النظريات الطبيعية (٢) .

ولكن المحاولات الوضعية فشلت بدورها فى إيجاد حل لمشكلة الأساس الملزم للقانون الدولى العام اذ انحصرت فى وضع صياغات خيالية كما انزلت بعض أنصارها الى فكرة وجود قانون سابق على ارادة الدولة فى ذات الوقت الذى يؤكدون فيه الترامهم للنطاق الإرادى فحسب .

والواقع أن كلا من الفريقين وان تضمن رأيه جزءا من الحقيقة الا أنه أغرق فى التحمس لفكرته فضاع جانب الحقيقة فى غمرة المغالاة .

(١) ذلك أن العلاقة التى كانت تميز الجماعة الدولية الأوروبية فى العصر الوسيط هى ارتباط التنظيمات الدولية بسلطتين علويتين : البابا والإمبراطور .

أما العصر الحديث فقد تميز بخلق دول حديثة تتمتع بسلطة مركزية تتصرف باختصاصات مطلقة فى داخل الدولة ولا تخضع لأية سلطة عليا سوى سلطة القانون ، وقد تحررت شيئا فشيئا من سلطة الأفكار الدينية التى كانت تصبغ العلاقات السابقة . وأظهر وقائع هذا التطور هى معاهدات وستفاليا سنة ١٦٤٨ التى بدأت سلسلة المؤتمرات الحديثة ، ومعاهدات فينا سنة ١٨١٥ وباريس سنة ١٨٧٨ وفرساي سنة ١٩١٩ ثم معاهدات السلام التى أبرمت بعد الحرب العالمية الأخيرة حيث حصلت التصرفات السياسية الكبرى . ولذا يمكن أن نقول مع ازويلوق ان القرن الثامن عشر قد حمل معه :

“ Le passage de traitement fragmentaire de notre science à son traitement systématique. ”

ازويلوق - الترجمة الفرنسية ، المرجع السابق - ص ٥

(٢) ومع ذلك فهناك من الفقهاء الوضعيين من لا يستبعد تماما الالتجاء الى القانون الطبيعى كما سبق لنا ذكره . وقد رأينا أن بعض النظريات الطبيعية والوضعية تشترك فى الأخذ بقاعدة الملزم عيه التزامه « كأساس للقانون » .

Ago — Scienza giuridica e diritto intercurzionale, Milano, 1950, p. 16 et s.

فدارس المصدر الطبيعي تجافت الواقع عندما أكدت أن مبادئ القانون الطبيعي هي مصدر القانون الوضعي وهي المقياس الذي نحكم به على القانون الوضعي ، أو عندما اعتبرت أن الاجتماعية أو أن البيولوجية هي مصدر القانون .

كما ابتعد أنصار المصدر الوضعي عن المنطق عندما أكدوا أن الإرادة — فردية كانت أو مشتركة — هي وحدها مصدر القانون (١) أو عندما أقاموا الأساس الملزم للقانون على قاعدة افتراضية .

وإذا كان الأمر كذلك فأننا لا نساير من يقول بأن بحث الأساس الملزم للقانون هو من الدراسات الخارجة عن نطاق مهمة الفقه (٢) لأن هذا يعنى اهمال دراسة نقطة جوهرية في أساس علم القانون .

والذي نرجحه أن صعوبة الوصول الى حل للاشكال هي التي دعت البعض الى أن يريحوا أنفسهم بأسهل الطرق فيصفون الاشكال بأنه خارج عن نطاق الدراسة القانونية (٣) .

كذلك من الأسباب التي دعت الى قصور النظريات التي استعرضناها في الفصل الأول من هذا البحث عن الوصول الى هدفها الصحيح هو عدم حرصها منذ البداية على تحديد مدلول التعبيرات الفنية التي تتناولها ، أى أن

(١) لقد بلغ من اغراق النظريات الوضعية في الأخذ بالشكلية فلا تعتبر من القانون الا ما تفصح عنه ارادة الدولة فحسب: أنها اعتبرت أن كل حرب تملن بالطرق النظامية حربا مشروعة أى أنها فضلت الاقرار بحق اعلان الحرب كيزة للسيادة عن أن تلجأ الى مبادئ اخلاقية قد تفسف منهاجها .

راجع شارل دي فيشر — المرجع السابق — ص ٧٢

(٢) الدكتوران حامد سلطان والبريان — المرجع السابق — ص ١٣

(٣) Balladore Pallieri — Diritto internazionale pubblico, 1946, p. 13 et s.

جانبا مهماً من الفضل له صيغة اصطلاحية . فلو أننا بدأنا أولاً بمحصر مفاهيم
الألفاظ لتجنبنا الكثير من الخطأ ولاستطعنا تحديد اطار البحث في وضوح
أكثر .

ونرى أن أكثر الألفاظ حاجة الى تحديد مدلولها في بحثنا هما لفظا
« قانون » و « مصدر » .

لماذا نقصد بكل من هذين اللفظين وما هو المفهوم الذى نعينه عندما
نستعمل أيهما ؟

ان تحديد المقصود بهذين اللفظين هو مفتاح دراستنا الراهنة على ما نعتقد
ولذا نبدأ بایضاح كل لفظ منهما على حدة .

تحديد لفظ « قانون » :

كلمة « قانون » كلمة يونانية الأصل (١) دخلت الى العربية عن طريق
السريانية (٢) وكان استعمالها فى الأصل بمعنى المسطرة ثم صار بمعنى القاعدة
وهى اليوم تستعمل فى اللغات الأوربية بمعنى الشريعة الكنسية "Canon law"
"Droit canonique"

ومعنى القانون فى لغة العرب « مقياس كل شئ » (٣) ومنه أخذ التعبير
العام الذى يطلق على كل قاعدة الزامية فيقال قانون الصحة وقوانين الطبيعة
وهكذا (٤) .

(١) Kanōn - راجع الموسوعة الإسلامية تحت كلمة Kanōn .

(٢) جاء فى تاج العروس ج ٩ ص ٣١٥ أن كلمة قانون رومية (يونانية) أو فارسية ،
وجاء فى القاموس المحيط أنها سريانية . والأصح فى رأينا أنها يونانية أدخلتها اللغة العربية
عن السريانية .

(٣) قاموس لسان العرب لابن منظور ج ٧ ص ٢٢٩ ، والقاموس المحيط للفيروزبازى

ج ٢ ص ٢٦٩

(٤) بهذا المعنى تكلم الفزائى عن قوانين الحد فى المصنوع من علم الأصول (مصر سنة ١٩٣٧

ج ١ ص ٨) .

أما في الاصطلاح فإن فقهاء المسلمين مقلون في استعمال هذه الكلمة إذ يستعملون مكانها كلمات الشرع والشرعية والحكم الشرعى .

وللكلمة اليوم معان ثلاثة :

أولها : يقصد به المدونة Code أو مجموعة الاحكام الشرعية ،
فيقال قانون العقوبات وقانون المرافعات والقانون الدولى العام البحرى
والقانون القنصلى وهكذا .

ثانيها : يراد به الشرع والشرعية بوجه عام law,droit كقولنا
القانون العربى والقانون الهندى والقانون الدولى الأمريكى (١) .

وثالثها : تطلق فيه كلمة قانون بصورة خاصة على كل قاعدة من
قواعد المعاملات العامة الالزامية (٢) ، فيقال مثلاً عن القاعدة التى تحرم
تعاطى المخدرات أو القاعدة التى تقر حرية المرور البرىء فى المياه الاقليمية
إنها قانون .

والذى نراه أن القانون بمعناه الأول (المدونة) والثالث (القاعدة العامة
الالزامية) ليس الا جزءاً من القانون بمعناه الثانى (الشرع والشرعية بوجه
عام) ومن ثم فصلرها جميعاً — على هذا المفهوم — واحد ، أى أن الاساس
الملززم لها جميعاً له تفسير جلى واحد .

أما اذا نظرنا الى المدونة والقاعدة الالزامية من حيث هى فانها لا تثير
اشكالا من حيث المصدر الخاص بها على وصفها لأنها تخضع لقاعدة تدرج
التشريع فكل قاعدة تستند فى الزامها الى قاعدة اعلى منها فى تسلسل هرمى
تقف عند قمته القواعد الدستورية للجماعة .

(١) وذلك على أساس أنه يجوز أن يكون هناك قانون دولى آخر اقليمى أى مجموعة قواعد
دولية تخص منطقة معينة من العالم . ومن للفقهاء الذين دافعوا من هذه الفكرة العلامة الفاريز .

(٢) استعمل كلمة قانون بهذا المعنى الامام أبو القاسم بن جزى فى كتاب القوانين . الفقهية
فى تلخيص مذهب المالكية ، طبع فاس سنة ١٩٣٥

وتبعاً فإن مشكلة بحث الصفة الملزمة للقانون في المفهوم الذي تعالجه دراستنا هذه إنما يعود أصلاً الى القانون في معنى الشريعة العامة ولذا سنقتصر اهتمامنا على هذا النطاق فحسب .

ان القانون في معناه السالف هو مجموعة قواعد تحدد النشاط الحر لأشخاصه عن طريق السماح أو المنع أو المنع .

وليس في تعريف القانون على هذا النحو ما يثير جدلاً ذا بال اللهم الا من ناحية واحدة هي فكرة الجزاء وهل تعتبر من جوهر القانون بمعنى أنه هل لا بد أن توافر لكي توصف القاعدة بأنها قاعدة قانونية أم أن الجزاء لا يعتبر من جوهر القانون .

لقد تباينت الآراء في هذا الخصوص . فهناك فريق من الفقهاء يرى أن القاعدة لا تكتسب صفة القانون الا اذا توافر لها الجزاء (١) وقد تغالى بعضهم فذهب الى انكار صفة القانون على القانون الدولي العام بسبب عدم وجود سلطة دولية عليا تفرض الجزاء .

اننا لا ننكر الدور الهام الذي يؤديه الجزاء بالنسبة لتأكيد احترام احكام القانون فهو يعمل على أن تخضع من حياة الجماعة انتهاكات القواعد القانونية ولذلك لا يوجد الجزاء المنظم الا في جماعة متقدمة تسعى الى توطيد حكم القانون في محيطها مستعينة في ذلك باجراء وقائي هو الجزاء الذي تمارسه سلطة منظمة ذات اختصاص بمباشرة .

وعلى هذا يمكن أن نقول إن الجزاء يساهم في كمال القانون ويساعده على تحقيق أهدافه (٢) ، كما أن تطبيق الجزاء يحدد مضمون القاعدة القانونية

(١) قارن رأى كلنس فيما أوردناه سابقاً حيث يرى ان القانون نظام اكراه . وقارن كذلك ديجي فمده أن الجزاء يظهر في شكل رد فعل اجتناعي لا يخطط دائماً بأعمال الاكراه المادى ولكنه يلعب دوراً رئيسياً في تكوين القانون ذاته لأن القانون يقر الجزاء عند ما تلتك قاعدة قانونية ، وهو رأى يعاب عليه أنه يوجد علاقة بين القانون والقوة .

Louis Cavaré — L'idée de sanction en droit international public. (٢)

مجلة القانون الدولي العام سنة ١٩٣٧ ص ٣٨٩ وما بعدها .

على نحو أوضح (١) هذا فضلا عن أن الجزاء يعطى للقاعدة قيمة علمية ، وقد تبقى القاعدة المحرومة من الجزاء حرفاً ميتاً أى لا تجد سبيلاً الى التطبيق .

ولكن تقديرنا لأهمية الجزاء في محيط القانون يجب أن يتقيد بمحدوده الصحيحة فلا نضع الجزاء الا في موضعه الصحيح ذلك أن الجزاء وان ارتبط بالقاعدة القانونية ليعين على سهولة تطبيقها الا أنه لا يختلط بها ولا يعتبر من جوهرها بمعنى أنه ليس شرطاً أساسياً لتوافر صفة القانون بالنسبة للقاعدة بل على العكس فان القانون هو الذى يقيم الجزاء (٢) .

وإنه لمن التناقض أن يكون القانون — بحسب جوهره — ذا طبيعة سلمية (٣) لأن وظيفته أصلاً ليست الاكراه وإنما تحديد الانطقة المختلفة لنشاط أعضاء المجتمع الذى ينظمه بطريقة سلمية فهو يفترض أصلاً أن الناس تطيع أوامره وتباً فهو يخاطبهم بأحكامه ولا يأتى دور الاكراه الا في مرحلة تالية . ثم نقول بعد ذلك إن الجزاء — وهو صورة من صور القوة — يعتبر من جوهر القانون .

ان القول بأن الجزاء من جوهر القانون يترتب عليه أنه اذا توافرت القوة المادية لانتهاك أحكام القانون سقط عن القانون وصفه كقانون ، كما أن ربط القانون بالجزاء المنظم معناه اعتبار الدولة وحدها هي مصدر القانون الوضعى وهو رأى غير سليم كما أورينا .

والصحيح — في رأينا — أن ما يربط فكرة الجزاء بفكرة القانون هو أن كل قاعدة قانونية انما تحوى ضمناً الأمر بأن تحترم بواسطة الوسائل المادية التى تكون في متناول الجماعة التى تنظمها تلك القاعدة . ولذلك فان ما يجمع

(١) ومثال ذلك الجزاءات التى طبقت في مسألة كورينا فقد ساعدت على شرح الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة .

(٢) جوفارا — المرجع السابق — ص ١٥٥٠

(٣) وهذه هي نظرية جروسويس — راجع :

Louis Cavaré — Les sanctions internationales dans le cadre de l'O.N.U.

مجموعة محاضرات لاهاي — سنة ١٩٥٠ ص ١٩٨

بين فكرتي القانون والجزاء هو أنه اذا توافرت الجماعة معينة ظروف تسمح لها بأن تنظم جزاء لحماية قواعد القانون فان عليها أن تسخر جزاءات مادية لخدمة القانون طوعية للأمر الذى تحويه قاعدة القانون ، أما اذا لم تتوافر تلك الظروف فيكفى قيام ذلك الاحتمال الى أن تستكمل الجماعة من التنظيم ما يسمح لها بفرض الجزاء .

وفى معرض الكلام عن الجزاء نحب أن نفرق بين الجزاء والفعالية effectiveness كما نحب أن نفرق بين الجزاء والالزام obligation بالنسبة لمفهوم القاعدة .

نعنى بالفعالية بالنسبة للقاعدة أنها مطبقة فعلا فى العلاقات المتبادلة بين أعضاء المجتمع .

أما الزام القاعدة فعناه أن أعضاء المجتمع يعتقدون أنهم ملزمون باتباع ما تقضى به أحكام القاعدة .

وكل من الفكرتين - الفعالية والالزام - مستقلة فى مدلولها عن الأخرى اذ قد تتوافر احدها للقاعدة دون أن تتوافر الأخرى . فقد يعتقد أعضاء الجماعة ان قاعدة ما ملزمة لهم ولكنها لا تطبق فعلا فى علاقاتهم المتبادلة كما قد يسبرون على قاعدة معينة دون أن تكون لديهم العقيدة بأنها ملزمة .

على هدى ما سبق نرى أن قاعدة السلوك تصبح قاعدة قانونية اذا ما توافرت لها أركان ثلاثة هى أن تكون :

١ - ذات فعالية أى مطبقة فعلا .

٢ - ملزمة أى أن تطبيقها يأتى عن طريق الاعتقاد العام - سواء فى صورة تشريع أو عرف - بأنها واجبة الاحترام .

٣ - قابلة للجزاء المادى أى أنها تحوى أمرا بأن يحى ما تتضمنه من تنظيم بجزاء مادى عندما تتوافر وسيلة ذلك . وكما قلنا فان الاحتمال وحده

يكفى لتكامل عناصر القانون ولا يهم مطلقاً إذا ما وجد هذا الاكراه فعلاً أم لا ما دام أن عدم قيام الجزاء مرجعه عدم توافر وسيلته للجماعة (١) .

وإذا طبقنا المعايير التي وضعناها لتحديد لفظة « قانون » نجد أن ما تسميه المدرسة التقليدية بالقانون الطبيعي ليس قانوناً في المعنى الذي نفهمه في دراساتنا الفقهية (٢) على أساس أنه قانون مثالي يفتقر الى العناصر الثلاث التي أسلفناها أما إذا قصد به قواعد تطبق فعلاً ويلتزم الأشخاص باحترامها فإنه عندئذ يكون قانوناً في المعنى الذي حددناه وهنا لا يقوم أى مبرر ولا تتوافر أية فائدة لوصفه بأنه قانون طبيعي .

وتبعاً فالقانون الدولي العام هو مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الجماعة الدولية بطريقة فعالة ملزمة ويمكن أن يحميها جزاء مادي إذا توافر (٣) .

وفي نطاق هذا التعريف سنبحث فكرة مصدر القانون .

على أننا نرى قبل الانتقال الى تحديد مدلول لفظة « مصدر » ان نلفت النظر الى تفرقة فكرة القانون بوصفها المجرد عن النظام القانوني بوصفه التطبيقي .

اننا نقصد بالقانون كمفكرة مجردة تلك الحقيقة الطبيعية الثابتة في كل زمان مكان وهي أن لكل مجتمع قانوناً ينظم نشاط أعضائه أو يتعبر آخر نقصد الفكرة كمعنى في ضمير أعضاء الجماعة .

(١) قارن :

P. Cuche — Pour une meilleure terminologie juridique, archives de philosophie du droit, 1937, I, p. 203

(٢) قارن :

Ubrich Scheuner — L'influence de droit interne sur la fondation du droit international,

مجموعة محاضرات لاهي سنة ١٩٣٩ عدد ٦٨ ج ١ ص ١٥٨

(٣) قارن :

Giorgio del Vecchio — Il concetto del diritto, 1906

أما القانون فتقواعد فهو الأحكام التى تخاطب أشخاص القانون وتنظم نشاطهم (١) .

وحق نزيد مقصودنا توضيحاً نقول إن الثابت هو حاجة كل مجتمع الى قانون أى أن فكرة القانون — من حيث هى وبغض النظر عن تحقيقها بقواعد — تعتبر ضرورة لكل مجتمع وظاهرة طبيعية لازمة لقيام ذلك المجتمع فهى عنصر من عناصر الطبع الاجتماعى الانسانى .

واذن فالقانون من حيث هو فكرة يعتبر حقيقة لازمة لكل مجتمع بحيث اذا قلنا قانوناً استتبع ذلك حتماً توافر مجتمع واذا قلنا مجتمعاً تضمن ذلك تبعاً ولزماً وجود قانون ، وهى فكرة طبيعية شأنها فى ذلك شأن أية ظاهرة طبيعية فى المجتمع مثل الهواء والماء وغير ذلك من ظواهر الطبيعة التى لاغنى عنها لقيام المجتمع والتى تكون فى مجموعها العناصر الفردية التى يجب أن تجود بها الطبيعة لضمان حياة ذلك المجتمع .

أما قواعد القانون فهى تشخيص لفكرة القانون أو بعبارة أخرى هى الصورة المادية التى يرسمها أعضاء المجتمع لتحديد سلوكهم ونشاطهم بطريقة مازمة لأنها عبارة عن الاحكام التى يستقر عليها أعضاء المجتمع ويعترفون لها بصفة الالتزام تحقيقاً للفكرة المستقرة فى ضمائرهم وهى ضرورة القانون لمجتمعهم .

(١) ذلك أنه لكى يثبت الطبع المدعى أو الاجتماعى للانسان لابد من توافر مجموعة عناصر يتكون من تحققها هذا الطبع ، ومن بين تلك العناصر استقرار فكرة القانون فى ضمير الانسان . وقد عبر ابن خلدون عن تلك الحقيقة بقوله : " ان الاجتماع الانسانى ضرورى . ويعبر الحكماء عن هذا بقولهم الانسان مدنى بالطبع أى لابد له من الاجتماع الذى هو المدنية فى اصطلاحهم ، وهو العمران .. وان الواحد من البشر غير مستقل بتحصيل حاجاته فى معاشه .. وأن البشر لا يمكن حياتهم ووجودهم الا اجتماعهم وتعاونهم على تحصيل قوتهم وضرورتهم . واذا اجتمعوا دعت الضرورة الى المداونة واقتضاء الحاجات ومد كل واحد منهم يده الى حاجته التى يأخذها من صاحبه ، لما فى الطبيعة الحيوانية من الظلم والعدوان بعضهم على بعض ويذله الآخر عنها .. فيقع النزاع المفضى الى المقاتلة .. فاستعمال بقاؤهم قرعى دون حاكم يزع بعضهم من بعض " .

راجع مقدمة ابن خلدون ، المطبعة الليبية ، مصر — ص ٣٥ ، ٣١٤ ، ١٦٢ ، ١٦٣

والمثل يوضح ما نقول : فحاجة الانسان الى الأكل كى يعيش هي فكرة مستقرة في ضمير المجتمع وظاهرة طبيعية ولذلك يحرص الناس على أن يتبلغوا بما يقيم أودهم وذلك بأكل ما هو لازم لحياتهم فيتناولون أنواعاً من الطعام تتفق والبيئة التي يعيشون فيها والعمل الذي يؤديه .

وفي المثل الذي سقناه حاجة الانسان الى الطعام هي فكرة وهي تقابل في رأينا السالف القانون كعنى ، أما الطرق التي يمارسونها لحفظ حياتهم عن طريق المأكل فهي قواعد تحقق الفكرة وهي تقابل في رأينا قواعد القانون .

أما العلاقة بين القانون كفكرة والقانون كقواعد فسنحددها فيما بعد .^١

تحديد لفظة « مصدر » :

للفقهاء مذاهب شتى في تفسير معنى كلمة « مصدر » ولعل أكثرها شيوعاً قولهم بأن القاعدة القانونية لها نوعان من المصادر (١) مصادر طبيعية غير مباشرة توحى بها وتستمد منها القاعدة روحها وسبب وجودها كضرورات الحياة من اجتماعية واقتصادية وغير ذلك ، ومصادر وضعية مباشرة تستمد منها القاعدة مظهر وجودها وكيانها الخارجى . وهناك من يستند في تفسير المصدر الى الوضع القائم — وهو الرأى الوضعى — فيرى أن الرضا هو المصدر الوحيد المباشر للقانون الدولى أما غيره فن مصادر الاستدلال .

وآخرون يستندون الى موضوع المصدر — وهو الرأى الموضوعى — ولذلك يميزون بين المصادر المنشئة للقواعد القانونية (وهي المصادر الحقة للقانون) والمصادر الشكلية لهذه القواعد (وهي وسائل الاعراب عن قواعد القانون أى المعاهدات الدولية والعرف الملزم) (٢) .

(١) الدكتور أبو هيف — المرجع السابق — ص ١٩

الدكتور غانم — المرجع السابق — ص ٧٩

(٢) الدكتوران حامد سلطان والبريدان — المرجع السابق — ص ٢٨

ونحن لا نقر التقسيم الأول الذى يقسم المصادر الى طبيعية غير مباشرة ووضعية مباشرة ، فهو قد جعل من المصدر غير المباشر جماعا لعناصر قد تتنافر ، ومثال ذلك أنه اعتبر مبدأ العدالة مصدراً غير مباشر وفى ذات الوقت اعتبر أن ضرورة تنظيم العلاقات الدولية مصدر غير مباشر كذلك مع أن فكرتي العدالة والضرورة قد لا تتفقان عملا فإذا تعارض المصدران فكيف تنشأ القاعدة .

كذلك وصف المصدر المباشر بأنه مصدر وضعى ووصف المصدر غير المباشر بأنه مصدر طبيعى وهو بذلك جمع بين الفكرتين الوضعية والطبيعية دون تنسيق وتحديد وتعرض بذلك لما وجهناه من مأخذ على كل من الفكرتين.

أما الذين يستندون فى تفسير المصدر الى الوضع القائم أو الى موضوع المصدر فهؤلاء يسايرون منطقهم فى تحديد الأساس الملزم للقانون وقد سبق لنا أن ناقشنا هذه الآراء تفصيلا فى الفصل الأول من بحثنا وأوضحنا قصورها لذلك سنسير فى تحديد مفهوم كلمة « مصدر » على طريقتنا الخاصة .

وعندنا أن لكلمة مصدر معنيين أصليين :

فهى قد تدل على منبع الشيء والأساس المنشئ له أو القوة الخالقة ، وبهذا المعنى نقول إن الله هو مصدر الحياة .

وهى قد تعنى الدليل المثبت أو المحقق ، وبهذا القصد نقول أن القلب مصدر الحياة .

وتستعمل لفظة « مصدر » فى الفقه الإسلامى بالمعنيين السالفين فيقال إن مصدر الشريعة الإسلامية سماوى (بمعنى أساسها المنشئ) كما يقال إن مصدر الشريعة الإسلامية هو القرآن والسنة . الخ (بمعنى دليلها الشرعى) (١).

(١) راجع المحاضرات صبحى بمحاضات - فلسفة التشريع الإسلامى - طبعة سنة ١٥٠ ص ١١ -

وكلمة « مصدر » على المعنيين السالفين قد تكون ذات مفهوم مثالي ، وقد تكون ذات مفهوم واقعي وقد تكون ذات مفهوم شكلي . ونرى أن نوضح تلك المفاهيم كمقدمة لتحديد الفكرة في القانون الدولي العام .

نعني بالمفهوم المثالي مفهوماً معنوياً يفسر المصدر على أنه بداية مطلقة ليست بحاجة إلى تبرير . والمصدر بهذا المعنى لا يقوم بالنسبة للقانون من حيث هو قواعد لأن النظام القانوني يجب أن يكون له تبريره الاجتماعي والاقتصادي . الخ (١) . ودراسة المصدر بهذا المعنى لها صبغة لاهوتية لأنها تثير مسألة العلاقة بين العقل وخالق الحياة وحافظها باعتبار أن خالق الحياة هو البداية المطلقة .

على أن المفهوم المثالي وإن انتفى بالنسبة للقانون كقواعد فإنه قائم بالقياس إلى القانون كفكرة لأننا في هذه الحالة نعالجه كفكرة معنوية مجردة . وإذا أردنا أن نحدد المصدر المثالي للقانون كفكرة نجد أن نقطة البداية لكل اعتبار متعمق فيه هو تحقيق العدالة التي تعتبر — كما قال أفلاطون — المهمة الأولى للإنسان وللمدينة polis (٢) . ذلك أن فكرة العدالة حقيقة معنوية سابقة في الوجود على كل الظواهر الاجتماعية الخاصة ، لأنها فكرة تعمل في كل الظواهر الاجتماعية وتكون منطق التصرف الواعي فيها ولذلك فإنها تسمو في النهاية على كل البقاء الاجتماعي . فلا غرابة بعد هذا أن نقول إن القانون كفكرة إنما هو مستوحى من فكرة العدالة (٣) .

(١) فنحن لا نقر القول بأن القانون يجد تبريره في نفسه لأن هذا القول ينتهي إلى الإقرار للقواعد التحكيمية بصفة القانون .

راجع :

A. G. Comte - Système de politique positive, IV, appendice, 30. partis, p. 102

Erich Kauffmann - Règles générales du droit de la paix.

(٢)

مجموعة محاضرات لاهوت سنة ١٩٣٥ عدد ٥٤ ص ٤٥٩

(٣) قارن مونتسكيو — الفصل الأول من كتابه « روح القوانين » حيث قال :

“ Avant qu'il y eût des lois faits, il y avait des rapports de justice possibles. Dire qu'il n'y a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent en defendant les lois positives c'est dire qu'avant qu'on eût tracé le cercle tous les rayons n'étaient pas égaux.”

ووسيلة التعرف على العدالة هي العقل (١) ، لأن العقل هو الذى يجعلنا نفهم الطبيعة ونتخذ منها موضوعاً للدراسة والبحث وهو المعيار الذى نستعين به للحكم موضوعياً على ما هو صحيح أو غير صحيح ، أو بتعبير آخر على ما هو عادل وما هو غير عادل .

والذى يترتب على قولنا هذا بالنسبة لفكرة القانون هو :

١ - ان القانون كمنى ليس ظاهرة نفسانية اذ رغم أنه فكرة تفتعل فى نفوسنا فان عقلنا هو الذى يتعرف عليها كمنى يسمى على الضمير الفردى ، ذلك أن العقل الموضوعى انما يكشف عن نفسه فى الضمائر الشخصية البشرية التى تساهم فيه ، والى تعلق على شخصيتها الخاصة على حسب درجة مساهمتها لكى نحصل فى نطاق هذه المساهمة على خاصية التعرف على أفكاره .

٢ - ان فكرة القانون ليست مجرد ترجمة للوقائع الاجتماعية فى قواعد وانما هى أعلى من تلك الوقائع وهى التى تحكم عليها .

واذ أن فكرة القانون تصدر عن فكرة العدالة وهى الغاية التى يسعى النظام القانونى الى تحقيقها فان العقل هو وسيلة التعرف عليها .

ونظراً لأن فكرة العدالة - كمنى - فكرة ثابتة فى كل زمان ومكان كما قلنا فطبيعى أن العقل البشرى اذا توافرت له ذات الظروف يسمى الى تحقيق العدالة بذات المظهر . ومن هنا توجد أحياناً مبادئ موحدة هى فى ذاتها - أى بطبيعتها - ليست ثابتة فى كل زمان ومكان ولكن قد يتوافر لها الانتشار والثبات حقبة من الزمن بوصفها المفهوم الموضوعى الذى تعارف عليه العقل البشرى لفكرة العدالة فى النظام القانونى ، مثال ذلك مبدأ تعويض الفرد الذى يتسبب بدون وجه حق ومبدأ حماية الأمن والسلم الدوليين ، فالأول

(١) قال تعالى فى سورة البلد " وهديناه النجدين " فدل بذلك على أن العقل هو وسيلة التعرف على الخير والشر وما هو عادل وما هو غير عادل .

يوجه القانون الداخلي الخاص، والثاني يوجه القانون الدولي العام (١). وسنورد فيما يلي توضيحاً أكثر. لذلك نستطيع أن نقول إنه وإن كانت فكرة العدالة في ذاتها واحدة لا تنقسم — لأن العدالة العليا تحتل عند الخالق الأعلى بالحكمة العليا والحب الأعلى — إلا أن الأمر يختلف بالقياس للناس فالعدالة والحكمة والحب بالنسبة لهم فضائل متميزة، وعلى هذا فإن فكرة العدالة — رغم عدم قابليتها بطبيعتها للانقسام — إنما تكشف لنا عن نفسها في أشكال مختلفة يمكن أن نجمع ملاحظاتها الأساسية في التقسيمات التالية:

(أ) العدالة التبادلية Commutative والعدالة التوزيعية distributive (٢)

كان أرسطو هو أول من ميز بين هذين النطاقين من العدالة.

فالنطاق الاساسى للعدالة التبادلية هو الملكية الخاصة والعقود والمبادئ التي تحكم هذا النطاق هي الضمير التعاقدى *Foi Contractuelle*، واحترام الحقوق المكتسبة بطريق نظامى *Respect des droits dûment acquis* وهي مبادئ ليست بحاجة الى تشريع لاقرارها لأنها من المبادئ التي تعارف عليها العقل البشرى ولا زال يقربها كقواعد أساسية تصلح في عمومها لأن تحقق فكرة العدالة في مختلف الأنظمة القانونية. ولذلك فإنها تطبق تلقائياً ما لم يوجد نص صريح يخالفها.

ويوجد بجانب هذا النطاق نطاق آخر حيث تملئ المصالح الخاصة وضع مبادئ معينة وهنا لا بد من النص الصريح على هذه المبادئ حتى يمكن السير

(١) قارن

Gitta - La renouveau du droit international sur La base d'une communauté juridique du genre humain, 1919.

ويرى أن ما يعتبر عادلاً هو الأهداف والتصرفات اللازمة لمشروعها لنظام وأمن وحفظ وتطور جماعة الجنس البشرى. والأخذ بهذا الرأي فيه تعميم يرضى عليه غروشا يسمح لكل بأن يدرج تحت التعريف ما يهوى.

(٢) كاوفمان - المرجع السابق - ص ٦٢ وما بعدها.

عليها وهذا النطاق هو ما يسمى بالعدالة التوزيعية ، ولذلك تعتبر العدالة التوزيعية هي المهمة الرئيسية للسلطة التشريعية .

(ب) العدالة التقاصية *compensatoire* والعدالة الانتقامية *vindictive* :

مهمة العدالة التقاصية هي تأكيد الحفاظ على المساواة في القانون بمعنى تحقيق التعادل بين التصرفات المتقابلة حيث أن النشاط الاجتماعي يسبب سوء توزيع القيم ويخل بالمساواة ، كما في حالة جريمة مثلاً فإنها إذا سببت ضرراً للمال يحكمها مبدأ التعويض العيني فإذا تعلق كان التعويض نقدياً .

وتتميز العدالة التقاصية من العدالة الانتقامية رغم قيام الاثنين - من حيث الأساس - على الفكرة المشتركة للمقاومة في أن المقاصد التي تهدف إليها العدالة الانتقامية تتغاضى عن الضرر الذي أصاب الكيان العام للمجتمع فتعاقب المسمى ، والمبدأ الذي يسرها هو إيجاد تناسب بين فعل المسمى والعقاب . ولكن هذا التناسب ليس تناسباً حسابياً لأنه يأخذ بعين الاعتبار القاعدة المنهكة وصفة الأشخاص المذنبين .

(ج) العدالة الاجرائية *procédurale* والعدالة الدستورية *constitutionnelle* :

لا تقف العدالة عند موافقة التصرفات للمبادئ، بل تستلزم كذلك أن تتم تلك التصرفات طبقاً لاجراءات معينة ، فالضمير القانوني لا يرضى الا اذا استندت التصرفات الى اجراءات عادلة ولذلك يبطل الاجراء الذي لا يراعى تلك الاجراءات .

واذا كانت مهمة العدالة الاجرائية تنظم الاجراءات بقدر الامكان على أساس تحقيق المساواة بين أطراف تصرف معين . فان العدالة الدستورية تعمل على توزيع وظائف وسلطات الجماعة ولذا فان مبدأ المساواة يضعف في نطاق العدالة الدستورية عنه في نطاق العدالة الاجرائية .

والمبادئ التي تحكم العدالة الدستورية هي حق التوجيه والتصديق والرفض والشورى بغرض التوجيه وممارسة بعض النفوذ .

أما وقد استعرضنا أهم الأشكال التي تكشف العدالة عن نفسها فيها فإننا نحب أن نوضح أن ما أسلفناه من تفسير لفكرتي العدالة والقانون لا يعنى أننا نعتمد المذهب التقليدى لمدرسة القانون الطبيعى بل نحن نختلف عنه من ناحيتين رئيسيتين :

الأولى : اننا لا نقر بوجود مبادئ قانونية عامة ثابتة فى الطبيعة ويقوم العقل البشرى باكتشافها لتحقيقها فى القانون الوضعى وتكون لها العلوية على القواعد الوضعية ، بل ولا نعرف بوجود مبادئ قانونية طبيعية ، ذلك أن الاقرار بوجود فكرة العدالة كمنى طبيعى لا يعنى أن هذه الفكرة مكونة من مبادئ معينة وأحكام محددة على العقل أن يكتشفها ، وإنما هى فى تصورنا معنى مجرد يهتدى اليه العقل ويستقر فى الضمير البشرى فى شكل مجرد ، أما تحقيقها بمبادئ وضعية فلا يعنى أن هذه المبادئ كانت فى الأصل قانوناً طبيعياً لأن تشخيص فكرة العدالة المنجردة فى صورة مادية كقواعد تختلف باختلاف الزمان والمكان وان صبح أن يتشابه هذا التشخيص أو يعم وأن يستمر حقبة قد تطول أو تقصر بسبب تشابه الظروف وتماثل الأحوال ، ولكن هذا التوحيد هو وليد المصادفة البحتة ولا يرجع الى طبيعة التشخيص فى ذاته .

ومن ثم فإن المظاهر المختلفة التي عرضنا لها فيما سلف لمفهوم العدالة بحسب منطق عقلنا الراهن يمكن أن تتغير مستقبلاً اذا ما دعت الى ذلك ظروف الزمان والمكان ، كما أن بعضها لم يكن فيما مضى على ذات الصورة التي عرضناها .

الثانية : مرتبة على الأولى فنحن لا نعتبر فكرة العدالة مصدراً لقواعد النظام القانونى وإنما هى الغاية التي يرمى اليها النظام القانونى والهدف الذي تسعى قواعده الى تحقيقه . وفكرة العدالة - وهى معنى مجرد - ولدت فكرة القانون - كمنى مجرد كذلك - الا أنها ليست مصدراً للقواعد القانونية التي تحكم سلوك الجماعة فعلاً ، ذلك أن كل ما لفكرة العدالة من أثر هو أنها

ثبت في ضمير الناس عن طريق عقولهم فكرة ضرورة اقامة قواعد قانونية ملازمة لتنظيم سلوكهم ، أما فحوى هذه القواعد فلا يصدر عن العدالة وانما يتغيا العدالة ، وتبعاً فالعدالة بالنسبة لهذه القواعد ليست مصدراً وانما هي هدف أى أنها معيار يمكن به الحكم على سلامة وصلاحيه القواعد اذ طبيعى أن تتحدد تلك السلامة بمدى تحقيق الهدف .

ولذلك نقول إن فكرة العدالة ترتبط بقواعد النظام القانوني برابطة السبب بالمسبب وليس برابطة المصدر بالآثر . وهناك فرق بين فكرتي السبب والمصدر في الدراسات القانونية ، فالسبب هو الغرض المباشر أو هو بتعبير آخر الجواب عن سؤالنا لماذا نلتزم (١) . أما المصدر فقد سبق لنا توضيح معناه .

وبدهى كذلك أن السبب ليس هو الارادة وانما هو الغرض المباشر الذى تتجه اليه الارادة فهو ليس عنصراً من عناصر الارادة يتوحد معها بل هو عنصر متميز عنها . ولكن نظراً لأن الارادة البشرية لا يمكن أن تتحرك دون أن تتجه الى سبب ، أى دون أن ترى الى غرض تهدف لتحقيقه ، فان السبب وان تميز عن الارادة فهو متصل بها اتصالاً وثيقاً ، فحيث توجد الارادة يوجد السبب ولا تنصور ارادة لا تتجه الى سبب الا اذا صدرت عن غير وعى كارادة المحنون . ولما كانت الارادة لا يعتد بها الا اذا صدرت عن وعى وتميز فان الارادة المعتبرة قانوناً لا بد لها من سبب .

(١) راجع محمد عبد الرازق السهوى - الوسيط في نظرية الالتزام ج ١ ص ١١٩ ، و ٤١٣ ، ٤١٤ . ويتكلم فقهاء القانون الملقى عن السبب في معرض حديثهم عن عناصر الالتزام العقدي ، فالسبب عندهم لا يكون عنصراً في كل التزام بل يقتصر على الالتزام العقدي ، أما الالتزام غير العقدي فلائنه لا يقوم على ارادة الملتزم لا يترك مجالاً للبحث عن السبب . ومعنى هذا أن فكرتي السبب والارادة مرتبطتان ، فعندما تكون الارادة هي مصدر الالتزام لابد أن يقوم سبب لهذا الالتزام . وسنرى فيما بعد أن مصدر التزام أشخاص القانون الدولى العام بقواعده الوضعية هو ارادتهم الشارعة ، ومن ثم فنحن لم نخرج عن النطاق الذى تصوره المندوبون اذا أخذنا بفكرة السبب ونحن بصدد تفسير التزام أشخاص القانون الدولى بالقواعد الدولية الوضعية مادام أنها ذات مصدر ارادى .

وإذا رجعنا الى المثل الذى سقناه من قبل نجد أن فكرة الإبقاء على الحياة هي سبب القواعد التي يسر عليها الناس في مآكلهم ومشربهم وملبسهم ، ولكنها ليست مصدراً لهذه القواعد . كذلك فكرة العدالة هي سبب للقواعد التي تنظم سلوك أعضاء المجتمع ولكنها ليست مصدراً لهذه القواعد .

ومن ثم يمكن أن نخلص الى الحقائق الآتية :

١ - القانون - كفكرة مجردة - بمعنى أنه فكرة تمثل معنى فقط هو لزوم قيام قواعد تنظم سلوك المجتمع (دون تفصيل أو حتى احمال لفحوى تلك القواعد) يعتبر فكرة طبيعية أى عنصراً من عناصر قيام المجتمع في كل زمان ومكان . ولذلك قلنا فيما سلف إن القوضى في مجتمع ما هي عدم العدالة .

٢ - مصدر القانون - كفكرة مجردة - أى أساسه المنشئ هو فكرة العدالة ، أما مصدره بمعنى الدليل المثبت له فهو العقل البشرى (١) .

٣ - القانون - كفكرة مجردة - ليس مصدراً للقواعد القانونية الوضعية وإنما هو كفكرة العدالة التي هي منبعه - سبب هذه القواعد .

٤ - ما دام أن فكرة العدالة هي سبب القواعد القانونية والغاية التي تهدف تلك القواعد الى تحقيقها فإن مدى صلاحية تلك القواعد يقاس بمقدار تحقيقها لتلك الغاية ، وإذا تجردت القواعد القانونية من العدالة تماماً فإنها تفقد سببها وتبعاً تنتفى عنها صفة القانون .

بقي علينا بعد ما أوضحناه عن المفهوم المثالي للفظلة « مصدر » أن نتقل لتوضيح مفهومها الواقعي (٢) .

وأصبح أننا نقصد بالمفهوم الواقعي معنى يختلف تماماً عن المفهوم المثالي فقد رأينا أن المفهوم المثالي ذو صبغة أيديولوجية تدور في نطاق معنى خالص ، أما المفهوم الواقعي - كما يستفاد من اسمه - فيدور في النطاق

(١) نحن لا نقصد بالعقل المنطق فحسب وإنما نعني به كل مقومات الذكاء البشرى .

(٢) سبق أن قلنا إن لفظلة مصدر لما مفهوم واقعي وهذا هو المعنى الذي نوضحه في المتن .

المادى الملموس ، ولذلك فان مصدر القانون الوضعى هو المصدر بمعناه
الواقعى وذلك بوصف أن كلا من القانون الوضعى والمصدر بمعناه الواقعى
هما فكرتان ماديتان فمن المقبول منطقاً أن ترتبط الفكرتان برابطة مصدرية
وذلك على خلاف المصدر بمفهومه المثالى ، فهو فكرة معنوية خالصة ،
وقد يكون من غير المقبول منطقياً أن نربط بينها وبين القانون الوضعى —
وهو حقيقة مادية — بعلاقة مصدرية .

والآن ما هو المفهوم الواقعى لكلمة « مصدر » ؟ نعهد لذلك بتوضيح
أن الفكرة الغالبة فى فقه القانون الداخلى تسير على أن السيادة مصدرها الأمة
أى أن ارادة الشعب هى مصدر السلطات (١) . وإذا كان اصدار القانون
مظهراً من مظاهر ممارسة السيادة الداخلية ، فعنى ذلك أن مصدر القانون
هو ارادة الشعب أو بتعبير آخر ارادة أعضاء الجماعة الداخلية . ويأشر
هؤلاء الأعضاء حقهم فى اصدار القانون بشكل مباشر عن طريق العرف
أو بشكل غير مباشر عن طريق الجهاز الذى يفوضونه باصدار التشريع .
ومن ثم فالعرف قانون يصدر عن الارادة الشارعة لأعضاء الجماعة بطريق
مباشر والتشريع قانون يصدر عن تلك الارادة بطريق غير مباشر .

ونحن لا نرى ما يمنع من نقل ذات الفكرة الى محيط الجماعة الدولية
فنعتبر أن الارادة الشارعة لأعضاء تلك الجماعة هى مصدر القانون الدولى
معنى أنها هى منبعه وأساسه المنشئ ، أما العرف والمعاهدات فمصدر له
فى معنى الدليل المثبت والمحقق .

وفكرتنا هذه تساهل ظروف مجتمع يؤمن بنظرية السيادة الأمر الذى يعيدنا
عن الواقع الملموس لو أننا نشدنا الأساس المنشئ للقانون فى غير الارادة
الشارعة لأشخاص الجماعة الدولية . ولذلك يمكن أن نقول إن المصدر بمعناه
الواقعى يعنى الارادة الشارعة لأشخاص الجماعة الدولية .

(١) الدكتور محمد خليل — النظام الدستورى — ص ٢٠

ان الثابت هو عدم وجود مشروع دولي بالمعنى الصحيح ، أى أن الجماعة الدولية لم تعرف بعد جهازاً يختص باصدار التشريع الدولي ولا ينتظر أن تعرف هذا الجهاز خلال تطور قريب . والثابت كذلك أن هناك قواعد تحكم السلوك الدولي ويجب أن توصف بأنها قانون ، وأن هذه القواعد تتخذ صورة عرف أو معاهدة (أو غير ذلك من الصور على خلاف بين الفقهاء) .

ومن ثم فإذا أردنا ألا نجافى الواقع الجارى فعلينا أن نقر بأن مصدر القانون الدولي العام وأساسه المنشئ هو الارادة الشارعة لأشخاصه (١) .

ونحن نقصد بالارادة الشارعة الارادة التى تعبر عن السلطة وذلك تمييزاً لها عن الارادة العادية وهى التى تعبر عن الرغبة . وقولنا هذا لا يعنى أن لشخص القانون ارادتين بل هى ارادة واحدة تختلف تسميتها بحسب النية التى توجهها ، فان صدرت عن نية ممارسة السلطة فهى ارادة شارعة ، وان صدرت عن نية تحقيق رغبة عادية فهى ارادة عادية .

والقول بأن الارادة الشارعة هى مظهر السلطة يقودنا الى التساؤل عما اذا كان جميع أشخاص القانون الدولي العام يتمتعون بارادة شارعة ، أم أن هذه الارادة قاصرة على بعض هؤلاء الأشخاص دون البعض الآخر ؟

للإجابة على هذا التساؤل نرى أن نحدد أولاً من هم أشخاص القانون الدولي العام (٢) .

(١) اذا كانت هذه الفكرة هى السائدة فى القانون الداخلى فإنها تمتنع - فى رأينا - الزم بالنسبة للقانون الدولي العام .

(٢) فكرة الشخصية القانونية الدولية أو بتعبير آخر تحديد أشخاص القانون الدولي العام محل جدل فقهي كبير لا مجال لتفصيله فى هذا البحث ، ونحن إنما نستعرضها فى عبارة كتوضيح سريع فى حدود ما نراه لازماً لهذه الدراسة .

لعل أول من عنى من الفقهاء بدراسة الشخصية القانونية الدولية دراسة متعمقة هو الفقيه الايطالى أنزيلوتى (١) الذى انتهى الى أن الشخصية القانونية تنفصل عن العلاقة بين وحدة معينة وبين نظام قانونى معين ، فان من مخاطب بأحكام قانون معين يعتبر شخصاً من أشخاص ذلك القانون . وقد رتب أنزيلوتى على ذلك أنه لا يوجد شخص قانونى بطبيعته ، وانما يوجد الشخص القانونى بفعل النظام القانونى وفى النطاق الذى يرسمه ذلك النظام (٢) .

وعلى هذا فان أشخاص القانون الدولى العام هم من مخاطبون بأحكام ذلك القانون . ورغم الترحيب الذى قوبلت به نظرية أنزيلوتى فانها لم تحذف من حدة الخلاف الذى قام بين الفقهاء حول تحديد من هم المخاطبون بأحكام قانون الشعوب ولذلك تعددت النظريات فى هذا الخصوص .

كانت النظرية الراجحة فى القرن التاسع عشر تقصر الشخصية الدولية على الدول ذات السيادة فحسب (٣) ، ولكن النظرية قوبلت بدخول الدومينيون عصبية الأمم فاضطر بعض أنصارها الى تعديلها والقول بأن كل دولة — سواء كانت ذات سيادة أم لا — يمكن أن تكون شخصاً من أشخاص القانون الدولى (٤) .

وقد ذهب رأى الى أبعد من هذا ، فأضاف البابا والمنظمات الدولية الى الدول، وجمع البعض الى هؤلاء الفرد كذلك ، وتطرفت نظرية فقصرت الشخصية الدولية على الفرد فحسب واعتبرت أنه هو وحده المخاطب بأحكام

(١) أنزيلوتى — المرجع السابق — ص ١٢١ وما بعدها .

(٢) راجع فى معيار الشخصية الدولية — الدكتورين حامد سلطان والعريان — المرجع السابق — ص ٦٧ وما بعدها .

J.G. Bluntschli — Le droit international codifié, trad. française de Lardy, (٣) 4e. ed., Paris 1886, p. 64.

L. Oppenheim — International Law, 7e. éd., par H. Lauterpacht, 1948, (٤) pp. 113, 114.

القانون الدولى العام (١) لأن الدولة ليست سوى خلق صناعى ينتهى تحليله الى وحدة أفراد هم فى الحقيقة المخاطبون بأحكام القانون .

ومن المناقشة السريعة للنظريات السابقة يتضح لنا أن قصر الشخصية الدولية على الدول وحدها هو مجافاة للواقع لأن القانون الدولى العام لم ينحصر فقط فى العلاقات بين الدول فحسب بل هناك أحكام دولية تخاطب البأبا (وهو ليس دولة فى ذاته) ، كما أن المنظمات الدولية أصبحت — منذ الحرب العالمية الأولى — هى الأخرى مخاطبة بأحكام القانون الدولى العام (٢) . ولذا نرى أن النظرية التقليدية لم تعد صالحة .

كما أن الرأى (٣) الذى يجعل من الفرد وحده شخص القانون الدولى العام يتعارض هو الآخر مع الحقيقة لأن قصر الشخصية الدولية على الفرد وانكارها على الدولة يعنى أن الجماعة هى مجموعة أفراد فحسب فى حين أن الدولة ليست مجرد مجموعة من الأفراد ارتبطوا ببعضهم البعض بروابط من الحقوق والواجبات والأمر والخضوع ، بل هى كذلك مجموعة من الناس تسيطر عليهم فكرة هدف أسمى هو سبب هذه الوحدة وهو الذى يحدد المراكز المتقابلة داخل النظام الاجتاهى . وهذه الحقيقة من النظام السيكلوجى والأخلاق والقانونى هى التى تكون الدولة وتجعل لها الحق فى أن تتمتع بشخصية قانونية فى الداخل والخارج أى سواء فى نطاق العلاقات الداخلية حيال المواطنين أو فى النطاق الدولى . ولذا لا نقر النظرية التى تجعل من الفرد وحده شخص القانون الدولى ، ونرى أن الأفراد اذ يرمون اتفاقات دولية انما يتصرفون باعتبارهم أجهزة للشخص القانونى الذى يتمتع بالشخصية القانونية (٤) .

(١) B. Akzin — Membership of the Universal Postal Union, 1933, pp. 138-140.

(٢) قازن — الدكتور أبو هيف — المرجع السابق — ص ٢٥٧

(٣) N. Politis — Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux.

(٤) مجموعة محاضرات لاهل سنة ١٩٢٥ ج ٦ — ص ٣-٩

لا جدال في أن الدول كانت ولا زالت ذات دور مسيطر في الحياة الدولية ولكنها ليست هي وحدها التي يخاطبها قانون الشعوب ، ولذا وجب أن نعتزف بالشخصية الدولية هؤلاء المخاطبين .

ويدق الأمر بالنسبة للفرد عند تطبيق المعيار الذي وضعه أنزيلوتى وذلك بسبب الأوضاع الدولية الحالية ، وتفصيل الأمر أن الفرد وان كان لا يكتسب الحقوق ولا تفرض عليه الالتزامات الدولية عادة الا عن طريق دولته (١) الا أن هناك بعض الحالات التي لا تخطيء اذا قلنا إن القانون الدولي العام قد مخاطب فيها الفرد مباشرة .

وقد أورد سيجال (٢) مثلين لمعاهدات جعلت من الفرد شخصاً مخاطبها أحكام القانون الدولي العام مباشرة . أولهما أنه في سنة ١٩٠٧ - إثر الحرب بين هندوراس ونيكاراجوا - عقد مؤتمر للسلام في واشنطن حضره ممثلو جمهوريات أمريكا الوسطى الخمس ، وقد أقر ذلك المؤتمر عدة اتفاقات أحدها في ٢٠ ديسمبر وينص على إقامة محكمة عدل لهذه الدول في كرتاجو بكوستاريكا . وقد سمح نظام تلك المحكمة لرعايا الدول المتعاقدة برفع الدعوى مباشرة ضد أية دولة من دول أمريكا الوسطى . أما المثل الثاني (٣) فهو ما جاء في معاهدات السلام سنة ١٩١٩ اذ أقيمت محاكم تحكيم مختلطة لبحث

(١) وقد دعى هذا بعض الفقهاء الى انكار الشخصية القانونية على الفرد لا سيما أولئك الذين يفهمون المخاطبة بقواعد القانون على أنها مخاطبة شكلية (جورج مان - النظرية المادية للفرد في القانون الدولي - المجلة الأمريكية للقانون الدولي ، عدد يوليو ١٩٥٢ - ص ٤٢٨ وما بعدها) .

مجموعة محاضرات لاهي سنة ١٩٢٩ ص ١٩٥ وما بعدها .

Schulfin Segal- L'individu en droit international positif, thèse, Paris, (٢) 1932, p. 42 et s et p. 73 et s.

(٣) ذكر الدكتور غانم - المرجع السابق ، هامش ص ٢٩٤ - أن الأستاذ ميركين جيتز نقض يقرر أن ميثاق الأمم المتحدة قد أتى بفكرة جديدة مقتضها الاعتراف بشخصية محرومة للانسان بعد أن كانت علاقته بالقانون الدولي تأتي عن طريق الدولة ، كما أن الميثاق قرر ضرورة احترام حقوق الانسان .

المتعلقة بخسائر الحرب ونصت م ٢٩٧ من معاهدة فرساي — والنصوص
المقابلة لها في معاهدات السلام الأخرى — على أن للأفراد الحق في أن يتقدموا
الى هذه المحاكم مباشرة بما لهم من طلبات ضد دولة أجنبية . ومن ثم يمكن
أن نعرف للفرد في بعض الحالات بالشخصية الدولية .

بعد هذا العرض السريع نعود الى سؤالنا وهو تحديد أشخاص القانون
الدولي العام الذين لهم حق خلق قواعد القانون بأرادتهم الشارعة .

وأول ما نحب أن نقرره في هذا الخصوص أن اقرارنا للفرد بالشخصية
الدولية لا يعنى عندنا الاعتراف له بأرادة شارعة خالقة لأحكام القانون
الدولي العام . ولكن كيف يفسر هذا القول ؟

يمكن أن نستعين في توضيح رأينا هذا بفكرة هانس كلسن (١) في أن
أشخاص القانون الدولي العام الذين يتمتعون بحق التعاقد تجمعهم خاصية مميزة
هي أنهم يكونون جماعات قانونية ، ذلك أن حق التعاقد — أى حق إبرام
المعاهدات الدولية — هو صورة من الصور التي تهمنا هنا ويمكن أن نقيس
عليها لأن المعاهدات الدولية هي إحدى المصادر الإثباتية للقانون الدولي
الوضعي وتبعاً فن له حق التعاقد يكون له أصلاً ارادة شارعة .

ونحن نستعير من قول كلسن هذا فكرة الجماعة القانونية التي جعلها
شرطاً يميز أشخاص القانون الذين لهم حق التعاقد . فإذا عمننا هذا الشرط
بالنسبة لقواعد القانون الدولي الثابت منها في شكل مكتوب والثابت منها
في شكل غير مكتوب ، استطعنا أن نحدد من لهم ارادة شارعة من أشخاص
القانون الدولي العام . وعلى ذلك نقول إن أشخاص القانون الدولي العام
الذين يتمتعون بالأرادة الشارعة هم الذين يكونون جماعات قانونية .

وإذا أن تكوين جماعة قانونية يحتاج الى تنظيم سيامي واختصاص تشريعي
أو لوائحى ، فإن هذا يربط الارادة الشارعة بالاختصاص التشريعي بمعنى

Hans Kelsen : Contribution à la théorie du traité international.

(١)

المجلة الدولية لنظرية القانون سنة ١٩٢٦ ص ٢٢١ ، ٢٦٢

أن الإرادة الشارعة لا تتوافر إلا لدى أشخاص القانون الدولي العام ذوى الاختصاص التشريعي (١) . وعلى هذا المعيار لا يملك الفرد - فى النطاق الدولى - ارادة شارعة لأنه وإن جاز أن يكون شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام إلا أنه يقتصر الى خاصية التنظيم والاختصاص التشريعي .

وربما كان هذا الرأى فى حاجة الى مزيد من التوضيح بالنسبة للمنظمات الدولية (٢) اذ قد يبدو عند النظرة الأولى أن هذه المنظمات ليست مزودة باختصاص تشريعي ، ولكننا لو دققنا النظر لوجدنا أن هذه المنظمات تتمتع باختصاصات تشريعية لأغراض ادارية داخلية ، ومن الأمثلة على ذلك القوانين الادارية التى أصدرتها عصابة الأمم كنظام موظفى أمانة العصابة ونظام محضرى محكمة العدل الدولى الدائمة ، والحال مماثلة بالنسبة للأمم المتحدة . وهكذا يبين أن المنظمات الدولية هى من أشخاص القانون الدولي العام الذين يتمتعون بإرادة شارعة .

ونخلص من كل ما سلف الى أن المصدر المنشئ لقواعد القانون الدولي العام هو الإرادة الشارعة لأشخاص هذا القانون فيما عدا الفرد على أساس تمتع الفرد بالشخصية القانونية الدولية .

أما مصدر قواعد القانون الدولي العام - معنى الدليل المثبت والمحقق - فهو العرف والمعاهدات (والمبادئ العامة للأمم المتحدة وغير ذلك من مصادر يعددها الفقهاء على خلاف بينهم فى تحديدها) .

(١) ومن ثم فإن الجماعات التى تتمتع باختصاص ادارى تنهيكى فحسب ولا يكون لها اختصاص تشريعي لا تملك تباعاً ارادة شارعة فى المعنى الذى نقصد اليه وعلى ذلك فإن المقاطعات الايطالية التى تتمتع حالياً باستقلال ادارى ذاتى - ومحافظة الاقليم الجنوبى من الجمهورية العربية المتحدة - ليست لها ارادة شارعة .

(٢) راجع الدكتور محمد حافظ فاهم - المنظمات الدولية سنة ١٩٥٨ ص ٥٤ ، ٥٥ ، وهناك رأى بأن المنظمات تتمتع بالأهلية الدولية وليس بالشخصية الدولية ، أما نحن فنرى أن الأهلية خصيصة من خصائص الشخصية لأن الأهلية هى ممكنة استحصال الحقوق والالتزام بالواجبات ، وهذه الممكنة لا تتوافر إلا تباعاً لتوافر الشخصية التى هى الصلاحية لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات .

وقولنا هنا لا يدخلنا في زمرة مدارس المصدر الوضعي بالمعنى الذي أسلفناه لأنه يتجنب ما سبق أن وجهناه من انتقاد الى تلك المدارس .

فهو أولاً لا يربط بين القانون والقوة لأنه لا يجعل القانون احتكاًراً للدولة بل يسمح لارادات أخرى بأن تساهم في خلق قواعده وهى ارادات أشخاص القانون الدولى العام الآخرين (عدا الفرد) (١) .

-- كما أنه يبرر كيف أن القانون يصدر عن ارادة أشخاص القانون الدولى العام ومع ذلك يلزمهم ، ذلك أن الارادة الشارعة تحكم الارادة الخاصة وتبعاً فاصدر عن أشخاص القانون الدولى العام من تصرفات طبقاً لارادتهم الخاصة يجب أن يكون متفقاً مع التنظيم الذى رسمته ارادتهم الشارعة ، ثم ان القواعد القانونية محكومة بالسبب الذى صلت من أجله وهو تحقيق فكرة العدالة . وقد سبق أن أوضحنا أن فكرة العدالة تقضى بأن تكون القواعد القانونية التى تخلقها الارادة الشارعة لأعضاء الجماعة ملزمة لهم . ويمكن أن نقول — مع التشبه بفكرة هانس كلسن عن الهرم القواعدى — إن كافة قواعد النظام القانونى تتشكل فى هرم تغلفه فكرة العدالة — وهذا هو الذى يفسر صفة الالتزام التى للقواعد القانونية حيال أشخاص القانون رغم أنها من خلق ارادتهم الشارعة لأن فكرة العدالة تعلق على ارادة أشخاص القانون وتحكم عليها وتشكل المنطق الواعى فيها وهذا هو ما يمكن أن نسميه مبدأ المشروعية الذى يقضى بأن القانون وان صدر عن الدولة الا أنه يلزمها كذلك .

ولا يقتصر دور العدالة على تفسير الصفة الملزمة لقواعد النظام القانونى فحسب بوصفها سبب تلك القواعد بل انها تحكم كذلك على قواعد هذا النظام — كما سبق أن ذكرنا — من حيث أن كل قاعدة لا تحقق العدالة تعتبر قاعدة فاقدة لسببها وتبعاً يسقط عنها وصف القانون .

(١) وتبعاً فان ارادة البابا — بوصفه الرئيس الأعلى للكنيسة ورئيس دولة الفاتيكان — و ارادة المنظمات الدولية يمكن أن تكون ارادة شارعة .

وحرى بنا أن نؤكد أننا لا نساير بهذا قول فقهاء القانون الطبيعي بوجود قواعد من القانون الطبيعي يجب أن يتوخاها القانون الوضعي ، وأن القانون الوضعي إذا خالفها كانت قواعده فاسدة لأننا سبق أن أنكرنا وجود قواعد قانونية طبيعية وإنما الذى نقصد اليه أن لكل مجتمع حاجاته وظروفه الاجتماعية ، وتبعاً فإن مهمة القانون هي تحقيق العدالة على هدى من تلك الحاجات والظروف . ولما كانت الحاجات والظروف تختلف من مجتمع لآخر ومن زمن الى زمن فإن المفهوم العقلي للعدالة قد يشخص قواعد القانون العادلة على نحو يختلف باختلاف الزمان والمكان اذا اختلفت الظروف والحاجات ، أما اذا تشابهت فبديهي أن هذا المفهوم سيكون متماثلاً كذلك ، على أن هذا التوافق في القواعد القانونية وثباتها لا يعنى أنها مبادئ طبيعية عامة لكل زمان ومكان ، وإنما هو نتيجة لواقعة قابلة للتغيير ألا وهي توافق حاجات وظروف هذه المجتمعات خلال فترة زمنية معينة .

وعلى هدى ما سبق نستطيع أن نقرر الحقائق التالية :

١ - أن الإرادة الشارعة للدول وللأبواب والمنظمات الدولية هي المصدر المنشئ لقواعد القانون الدولي العام (١) .

٢ - ما يصدر عن هذه الإرادة يلزم أشخاص القانون الدولي العام تحقيقاً لسبب هذه القواعد وهو فكرة العدالة واستناداً الى مبدأ المشروعية .

٣ - أن الأحكام التي تتضمنها قواعد القانون الدولي العام يجب أن تهدف الى تحقيق العدالة وذلك يقرره المفهوم العقلي للفكرة على هدى من حاجات كل مجتمع وظروفه ، ولذا فقد يختلف مفهوم هذه القواعد من مجتمع الى آخر أو من زمن الى زمن وقد يتفق مع واقع الحال (٢) .

(١) قارن جوبنهايم - شرح القانون الدولي ، المرجع السابق - ص ٤٨ من الجزء الأول .
(٢) نلاحظ أن مشكلة الأساس الملزم للقانون في معنى المصدر المنشئ لا تتور بالنسبة للشريعة الإسلامية ، ذلك أن الشريعة الإسلامية عند المسلمين هي ما شرع الله تعالى على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم ، كما جاء في الآية الكريمة من سورة الشورى : " شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً والذي أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى " وقوله تعالى في سورة المائدة : =

بقي في الكلام عن المصدر أن نشرح مقصودنا بالمصدر في مفهومه الشكلي . اننا نغني ببدلول المصدر الشكلي الأدلة التي يحددها المشرع للقاضي كي يتحرى منها قواعد القانون .

والمصدر في هذا المفهوم لا يكون الا دليلاً مثبتاً أو محققاً فلا يقوم المعنى المنشئ بالنسبة للمصدر الشكلي^(١) لأننا أوضحنا فيما سبق أن المصدر المنشئ لقواعد القانون هو الارادة الشارعة ، ومن ثم فإن هذه الارادة الشارعة تملك تحديد الأدلة التي تثبتها وتحققها .

والمثل البارز الذي يمكن أن نسوقه في النطاق الدولي للمصدر بمفهومه الشكلي هو نص المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل - الملغاة والحالية - ويقرر أن على المحكمة أن تطبق :

(١) الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفاً بها صراحة من جانب الدول المتنازعة .

(ب) العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال .

(ج) مبادئ القانون العامة التي أقرتها الدول المتقدمة .

(د) أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم .

ويعتبر هذا أو ذاك مصدراً احتياطياً لقواعد القانون مع مراعاة أن الحكم لا يكون له قوة الالتزام الا بالنسبة لمن صدر بينهم وفي خصوص النزاع

== لكل جعلنا منك شرعاً ومنهاجاً" وفي سورة الباقية : "ثم جعلناك حلاً شرعية من الأمر فاتبها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون" فالشارع الأول اذن هو الله عز وجل الذي أنزل مبادئ الشرعية الاسلامية بما فيها من دين ومن قضاء أو أحكام قانونية . أما القرآن والسنة والإجماع والقياس وغير ذلك من أصول التشريع الاسلامي فهي الأدلة للشرعية ، أي المصادر المثبتة والحقة للشرعية الاسلامية .

(١) هناك فريق من الفقهاء يرون أن القضاء مصدر من مصادر القانون الدولي .

الذى فصل فيه . على أن هذا لا يخل بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقاً لمبادئ العدل والانصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك .

ونرى من المناسب الآن أن نجمع رأينا عن مصدر القانون الدولى العام في إنجاز حتى تظهر الفكرة في صياغتها المتأسكة (١) .

(١) قارن ما جاء في الجزء الأول من الكتاب الذى نشره Majid Khadduri and Herbert J. Liebesny J. بعنوان Law in the Middle East الفصل الخامس عشر عن القانون الدولى الاسلامى تحت عنوان Nature and Sources of Law ٣٥١-٣٥٢ ونصه :

The Islamic law of nations, as part of the Shari'ah, may be regarded as an effort to rationalize the relations of a society with the outside world in which chaos and conflict predominated. The aspiration was order. In the same way that natural law was regarded as the ideal legal order consisting of the general maxim of right and justice, so was Islamic law looked upon as the ideal system designated by God, the author of Nature, for the Muslims. Man cannot make law, for the Shari'ah, as a divine law, tolerates no other law than its own. Just as natural law exists in nature, to be discovered by reason, so the Shari'ah as an Islamic natural law, was revealed to, or "discovered" by, the Prophet Mohamad. In the basis of Muhammad's revelations and Traditions the law was later developed by the jurist theologians who made use of analogy and consensus for the interpretation and elaboration, if not for the "discovery", of derivative laws. In theory the source of law is Allah, the head of the Islamic State, who alone is the fountain of right and justice. Man can only obey, and in his attempt to consummate his obedience to law he realizes his religious ideal. Divine law is infallible. It includes dogma as well as social and political rules, for in the Islamic State, the religious and the political are not separate aspects of life. Law has the character of a religious obligation, at the same time it constitutes a political sanction of religion.

The divine law, it is held, existed in a complete heavenly book which was revealed piecemeal to the Prophet Muhammad. But his flow of divine legislation was not possible after Muhammad's death, since the caliphs ever not entitled to communicate with the divine legislator. The need for further legislation, however, was pressing as the Islamic State was rapidly expanding and new situations necessarily arose. New sources of law had to be used, if the State was to continue its relations with the outside world. The Muslim jurist-theologians undertook the matter and developed the so-called fiqh or muslim jurisprudence. The doctors of fiqh did not, in theory, make new law, they only developed a system which enabled them to deduce derivative laws from the Qur'an, the sunna, and such other sources as analogy and consensus which were accepted by the various schools of law. In the early conduct of the Islamic State opinions of the caliphs as well as their practices ever often allowed as rules of international law, but such rules were regarded valid as law only after they were sanctioned by tradition, analogy or consensus.

رأينا هو أن قواعد القانون الدولي العام من خلق الارادة الشارعة
لأشخاص القانون الدولي - عدا الفرد - وهم حالياً الدول والبابا والمنظمات
الدولية .

والارادة الشارعة مقيدة في نشاطها هذا بفكرة العدالة التي ترتبط بها
برابطة المسبب بالسبب ، وبمجرد أن تصدر قواعد القانون وطالما أنها تتمتع
بالفعالية تلزم جميع أشخاص القانون الدولي العام . ونظراً لأن هذه القواعد
يجب أن تحقق العدالة ، والعدالة في نطاق الجماعة الدولية هي بحسب المفهوم
الحالي لها لتحقيق السلم والأمن الدوليين ، فان القواعد التي لا تنفيا هذه العدالة
يكون مقضياً عليها وتعتبر غير صالحة .

ولا يهم لتوافر صفة القانون لهذه القواعد قيام جزاء مادي يحمها أولاً
ما دام أنها تطبق بعقيدة أنها ملزمة ، وما دام أن عدم اقرارها بجزاء مادي
مرجعه عدم توافر الوسيلة لذلك بعد . فاذا توافرت امكانية تحقيق جزاء
مادي للقاعدة وجب اعمال ذلك الجزاء لحماية للقاعدة واستكمالاً للشكل الفني
للنظام القانوني .

ورأينا السالف وان جمع بعض أسسه من النظريات التي استعرضناها
فيما سلف سواء منها مدارس المصدر الطبيعي أو مدارس المدارس المدرس الوضعي
فانه - فيما نعتقد - يتلاقى بقدر الامكان المآخذ الجوهرية التي سبق أن
وجهناها لتلك المدارس جميعاً ونحاول التوفيق بين النواحي الصحيحة فيها
على نحو منطقي . والذي نحب أن نؤكد به هذه المناسبة أن رأينا يتفادى النقد
الذي يوجهه بعض الفقهاء لنظرية ارادة الدولة وهو أن القانون وجد في صورة

== Analyzed in terms of the modern law of nations, the sources of the Islamic law of nations conform to the categories defined by modern jurists and the statute of International Court of Justice, namely agreement, custom, reason, and authority. The Qur'an represents the authoritative source of law, the sunna is equivalent to custom, rules expressed in treaties with non muslims fall in the category of agreement, and the opinions of the caliphs and jurists, based on legal deduction and analogy, may be regarded as reason. Such opinions, fatwas, or decisions had great influence in the development of the law.

عرف في الجماعات البشرية الأولى قبل أن يوجد المشرع بالمعنى الصحيح بل وقبل أى تنظيم حقيقى لسلطة الجماعة (١) ، فكيف مع هذا يقال إن القانون ينبع من ارادة الدولة ، أو بتعبير آخر ان ربط القانون بارادة الدولة يخالف الواقع التاريخى اذ وجد القانون في عصر سابق على قيام الدولة .

واضح أن هذا النقد لا يقوم حيال نظريتنا لأننا لم نربط القانون بالدولة ولم نقل بأن القانون من خلق ارادة الدولة بوصفها دولة وانما بوصفها عضواً في الجماعة الدولية ، ولذلك لم نقصر مهمة خلق القانون على ارادة الدولة وحدها بل قلنا إن الارادة الشارعة لكل من البابا (٢) والمنظمات الدولية يمكن أن تخلق قواعد القانون كذلك . وتبعاً فكما أن القانون الداخلى وجد تاريخياً بوجود الأعضاء في الجماعة وكان خلقاً مصلحاً مصلره ارادة أعضاء تلك الجماعة فكذلك القانون الدولى وجد بوجود الجماعة الدولية وهو من خلق الارادة الشارعة لأعضائها الذين يملكون تلك الارادة . ولا تغالى اذا قلنا بعد هذا التوضيح إن النقد السالف الذى يوجه الى المذاهب الارادية ان لم يكن يؤكده مذهبنا ويذكره فهو على الأقل لا يعارضه .

(١) Yvon Gout : La coutume en droit constitutionnel interne et en Droit constitutionnel international, 1932, p. 41.

(٢) البابا نشاط مزدوج فهو عتماً يتصرف بوصفه رئيساً لدولة الفاتيكان يعقد اتفاقات تماثل الاتفاقات التى ترتبط بها الدول الأخرى ، مثال ذلك الاتفاق بين البابا وإيطاليا بشأن النقد والمبرم في ٢ أغسطس ١٩٢٩ وانضمام دولة مدينة الفاتيكان الى اتفاق البريد العالمى باستكمال بناء على مذكرة البابا المؤرخة في ٢٥ مايو ١٩٢٩ فهذه كلها اتفاقات ذات صفة زمنية ، أما اذا تصرف بوصفه الرئيس الأهل للكنيسة الكاثوليكية فانه يعقد اتفاقات دينية .

وهى أيضا تخضع لأحكام القانون الدولى العام - راجع :

Jean Hubs : concordats : Le droit de conclure des traités internationaux.

الفصل الثالث

في

تحديد العرف ومكانه في القانون الدولي العام

العناصر التي يتكون منها العرف :

لم يتفق الفقهاء على العناصر التي يتكون منها العرف ، ويرجع اختلافهم الى عدم قبولهم لتعريف موحد للعرف .

ولكن أغلب الفقهاء يجمعون على أن العرف هو « مجموعة من الأحكام القانونية نشأت من تكرار التزام الدول لها في تصرفاتها مع غيرها في حالات معينة بوصفها قواعد ثبت لها في اعتقاد غالبية الدول المتحضرة وصف الالتزام القانوني (١) » .

ومن هذا التعريف الغالب يتبين أن العرف يتكون من عنصرين هما (٢) :

١ - عنصر مادي *consuetudo* يتكون من تكرار ممتد ومستمر للذات الوقائع الخارجية .

(١) الدكتوران حامد سلطان والعريان - المراجع السابق - ص ٣١ - وفي معرض تعريف العرف قال Negulesco N. الذي كان قاضياً بمحكمة العدل ، في الرأي الاستشاري رقم ١٤ الصادر بشأن اختصاص اللجنة الدولية للدانوب ما نصه :

La coutume internationale... n'a pu se produire car il n'y a ni faite répétée depuis un temps immémorial, ni conscience juridique commune.

وقارن بذات المعنى التعريف الذي قال به :

R. Capitant au Conference Stage des Avocats au Conseil d'Etat.

والمنشور في *Gazette du palais* 20-21 février 1930.

(٢) Charles Rousseau — *Droit International Public*, 1953, p. 64, 65.

٢ - وعنصر نفساني - أو معنوي - *opinio juris sive necessitatis* ويتكون من الاعتقاد بالصفة الملزمة للعادة (التي خلقت بتوافر العنصر المادي). ونتولى كلا من العنصرين بمزيد من التوضيح .

العنصر المادي :

نقصد بالعنصر المادي - كما أسلفنا - التكرار الممتد المستمر لذات التصرفات .

والفقهاء الذين يشترطون توافر هذا العنصر يستلزمون لقيامه ضرورة تحقيق العناصر الآتية :

١ - أن يكون التكرار بواسطة الأجهزة المختصة في الدولة . مثال ذلك ما حصل أثناء الحرب العالمية الأولى بشأن الجمعيات الوطنية للصليب الأحمر ، فقد أوضح الأستاذ Eugène Borel (١) أن هذه الجمعيات التي تكونت في كل دولة قد ترتب على سلوكها أن نشأ عرف يعطى لهذه الجمعيات حق الاستعلاء عن الأسرى والقيام بتسليم وتسلم المراسلات والطرود الموجهة إليهم أو منهم وهكذا ، وقد علق على ذلك بأنه ما كان لمثل هذا العرف أن يكون لولا تدخل الأجهزة المختصة في كل دولة .

٢ - يجب أن يمثل التكرار عمومية من حيث المكان واستمراراً من حيث الزمن ، ذلك أن العرف يستند الى رأى عام ، وتبعاً فلا بد أن يكون التطبيق عاما بمعنى أن يكون الاقرار بقاعدة العرف مجرداً من كل اعتبار خاص ، ونحن لا نغني بهذا أن العرف يجب أن يكون دائماً ذا صفة عالمية وانما نقصد العمومية بالنسبة للنطاق الاقليمي الذي يطبق فيه ، ذلك أن العرف قد يكون نتاج ظروف أو اعتبارات خاصة بعدد معين من الدول أو بمنطقة محددة من العالم ، وهنا تنقيد به تلك الجماعة أو المنطقة (٢) . كذلك لا تعني

(١) Eugène Borel : L'organisation internationale de la Croix rouge ,

مجموعة محاضرات لاهلي سنة ١٩٢٣ ج ١ ص ٩١

(٢) الدكتور أبو هيف - المرجع السابق - ص ٢٣

العمومية أن تمارس جميع الدول ذات التصرف في الحالات المماثلة بل يكفي أن تكون ممارسة التصرف صادرة من أغلبية أعضاء الجماعة الدولية ، لأن العمومية ليس معناها الإجماع (١) .

أما الاستمرار الزمني فإنه ليس من السهل توضيح المقصود به ولكنهم يقولون به بوصف أن هذا الاستمرار يدل على أن العرف قد أصبح مقبولا أو يعتبر آخر أنه ينسجم مع الفكرة المسيطرة .

ولم يذكر القضاء كثيراً عن هذا العنصر ولكننا نستطيع أن نسوق مثالا لذلك من حكم المحكمة العليا في الولايات المتحدة الذي أصدره القاضي Gray في قضية Paquette Habana إذ قال ما ترجمته : « طبقا لعادة قديمة بين الدول المتعدنية قديمة منذ بضعة قرون وقد نصبت على التدرج في قانون الشعوب ... » (٢) .

٣ - أن يكون التكرار متعلقاً بواقعة إيجابية positive ، وطبيعي هنا أن الواقعة الإيجابية لا تثير اشكالا ، ولكن السؤال يثور بالنسبة للامتناع ، هل يجوز أن يكون الامتناع الركن المادى للعرف ؟

لا جدال في أن هناك حالات يعتبر التصرف السلبي فيها بمثابة موافقة ، ومثال ذلك التصرفات السلبية بالنسبة لما لمس السيادة الإقليمية من قرب فهنا يأخذ الموقف السلبي حكم الموقف الإيجابي . ويذكر بعض الفقهاء مثالا لذلك العرف الذي سمح بالمرور البريء للسفن الحربية الأجنبية في المياه الإقليمية فقد تكون عن طريق عدم اعتراض الدول على ذلك .

على أنه يجب ملاحظة أن تطور القانون الدولي يترتب عليه صعوبة تحديد الحالات التي يمكن فيها أن يعتبر التصرف السلبي بمثابة موافقة لأنه كلما

(١) الدكتوران حامد سلطان والريان - المرجع السابق - ص ٣٤

(٢) قضية Moore's Digest, Paquette Habana ، ج ١ ص ٨ وسرى
فيما يبد أن شرطى العمومية من حيث المكان والاستمرار من حيث الزمان - شأن باقي شروط الركن المادى - هي وسائل التأكد من قيام العرف والمباته وليست عناصر لازمة لتوافره .

محددت أحكام القانون الدولي العام كلما صعب الاعتراف للامتناع بصفة اثباتية ، وهذا أيضاً هو الميل الذي تتجه اليه الدول حالياً فهي عادة لا تمنح امتناع بصفة الموافقة القانونية لأن موقفها السلبي كثيراً ما يرجع الى اعتبارات من المناسبة وليس الى رغبة في عدم الاعتراض أو الموافقة الضمنية .

وقد تعرضت محكمة العدل الدولية الدائمة لبحث ما اذا كان الامتناع يكون العنصر المادي في العرف أم لا وذلك في منازعة اللوتس حيث كان عليها أن تقرر ما اذا كان امتناع الدول باستمرار ، وعلى سبيل التكرار ، عن محاكمة قبطان السفينة المسئول عن حادث تصادم بحري في البحر العام أمام محاكمها الوطنية قد كون قاعدة عرفية تحتفظ بحق المحاكمة في تلك الحالة لدولة العلم ، وانتهت المحكمة الى أن تلك الحالة لم تكون بعد قاعدة عرفية (١). أى أن المحكمة قبلت مبدأ أن التصرفات السلبية يمكن أن تكون العنصر المادي في العرف الدولي ولو أنها رأيت في الحالة المعروضة عليها أن تكرار الامتناع لم يكن قد وصل بعد الى تكوين عرف دولي في هذا الخصوص . على أن المحكمة تحفظت في رأيها اذ اعترفت للامتناع بدور في تكوين العرف بشرط أن *été motivé par la conscience d'un devoir* (٢)أ. أى أنها استلزمت أن يقرن الامتناع بالعنصر المعنوي . ولذلك يتردد الفقه في الاقرار للامتناع بصفة اثباتية في الأمور التي تدخل في النطاق التقديرى *compétence discrétionnaire* للدولة وفي هذا يقول جورج سبيل :

(١) راجع حكم المحكمة الصادر في ٧ سبتمبر ١٩٢٧ - *Serie A; No 10* - مملوعات المحكمة

(٢) راجع في ذلك :

J.L. Brierly : *Criminal competence of States*, committee of Experts for the Progressive Codification of Public International Law, League of Nations, 1926, v. 7, p. 2.

وقد لاحظ أنه ليس من السهل أن نستنبط الأساس الذي نقيم عليه الدولة عملها من تطبيق تسيير عليه في أمورها القضائية :

Since we cannot safely argue from the fact that it assumes jurisdiction only in certain cases that it regards these cases as the only ones in which the assumption of jurisdiction would be legitimate".

En ce cas, les simples abstentions ne nous paraissent pas probatoires des actes positifs seraient nécessaires pour fonder la coutume^(١).

٤ - يجب أن يتعلق التكرار بتصرف ذي صفة دولية إذ أن العرف اعراب عن إرادة الدولة (أو غيرها من أشخاص القانون الدولي) وذلك عن طريق إثبات تصرف مادي وضعي في معنى الفكرة العامة.

على أن الأمر لا يبدو سهلاً عملاً ذلك أن تصرف الدولة له مظهران : مظهر داخلي ومظهر خارجي ، فلو فرضنا مثلاً أن الدولة أصدرت تشريعاً داخلياً يحوى مبادئ من القانون الدولي العام ، فهل يعتبر ذلك بمثابة تصرف ذي صفة قانونية دولية أم لا ؟ الذي نراه أن تكرار هذا النص في تشريعات الدول المختلفة يجعل التصرف ذا صفة دولية على نحو ما سنوضح عند الكلام عن المبادئ العامة في قوانين الدول المتمدينة وعلاقة العرف الدولي بها (٢).

٥ - يجب أن يقوم التكرار على أساس التبادل (٣). ومن ثم فإن الأعمال المماثلة التي تأتينا دولة من جانبها لا تكون عرفاً ولا تقيد هذه الدولة ، ولذلك فإن غالب العمل الدولي يجري على أن الدول التي تتجاوز تشريعاتها الداخلية الحدود التي رسمها القانون الدولي العام بمعنى أن تشريعها الداخلي يسخر عن القانون الدولي العام ويمنح امتيازات أكثر - يجري العمل الدولي على أن تلك الدول لا تلزم بتطبيق هذه النصوص حيال الدول الأخرى وليس للدول الأخرى أن تتمسك بهذه النصوص في منازعاتها مع الدول صاحبة مثل ذلك التشريع (٤). وقد ثارت تلك المسألة عدة مرات في العمل

(١) G. Scelle — Précis de droit des gens. ٣٠٩ ص ٢٤٠

(٢) وقد ذكر القاضي الأمريكي Strong في الحكم الذي صدر باسم المحكمة العليا الأمريكية في منازعة Scotts سنة ١٨٧١ - وهي تتعلق بتصادم بحري - أن كثيراً من العادات التي لها قوة التشريع اليوم ذات أصل في النصوص التشريعية لدولة واحدة مثل القانون الرومي الذي كان في بدايته قانوناً لجزيرة رودس - راجع : Moore's Digest, t. 1, p. 3.

(٣) الدكتور أبو حيف - المرجع السابق - ص ٢١

(٤) ألينغ شوينر - المرجع السابق - ص ١٦٨

الدولى ، ونسوق مثلاً لها فى منازعة الالاباما اذ أرادت الولايات المتحدة أن تؤيد وجهة نظرها بقانون انجليزى صدر سنة ١٨١٩ بدعوى أن هذا القانون يعطى للحكومة البريطانية أن تضع الالاباما تحت الحراسة فى الوقت المناسب ، ولكن المذكرة البريطانية دفعت هذا الادعاء بأنه غير مبرر ولا مقبول (١) .

وتبعاً لشرط التبادل يرتب بعض الشراح أن الدول المتمدينة لا تتقيد بقواعد عرفية فى علاقاتها بالدول الهمجية غير المتمدينة ما دام أن هذه القواعد العرفية نشأت فى نطاق العالم المتمدين (٢) .

على أن شرط التبادل لا يعنى — كما سبق أن أوضحنا — ضرورة أن تجمع كل الدول على تكرار السلوك اذ يجوز أن تقوم قاعدة العرف بين عدد معين من الدول دون اعتراض من الدول الأخرى وعندئذ يتوافر العنصر المادى للعرف بالقياس الى الجماعة الدولية ، كما أن بعض القواعد العرفية قد تدعو إليها اعتبارات خاصة بمجموعة معينة من الدول فلا تتقيد بها سوى هذه المجموعة فحسب (٣) .

(١) Moore's Digest t. 1, p. 567 et s.

(٢) الدكتور أبو هيف — المرجع السابق — ص ٢٢ ، ٢٣ ونحن نؤيد ما ذهب اليه من أن قصر تطبيق تلك القواعد على الدول المتمدينة فيها بينما قد يكون فيه كثير من التعصب والتعسف لأن مبادئ العدالة والإنسانية ليست وفقاً على هذه الدول ، وإنما هى الجنس البشرى عامة .

(٣) مثال ذلك مذهب توبار الذى يمنع من الاعتراف بالحكومات التى تنتج من انقلاب أو تقوم إثر ثورة ، فهو لا يصلح الا لدول أمريكا الوسطى فحسب . كذلك قد تدعو ظروف استثنائية الى الخروج عن حكم العرف فى حالة فردية ، ومثال ذلك اقرار عظمة العدل بسلامة المرسوم الملكى الترويجى الذى صدر سنة ١٩٣٥ ، وذلك فى منازعة المصايد بين الترويج وبريطانيا التى حكم فيها بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٥١ رغم مخالفة القواعد العرفية فى ذلك الخصوص .

على أننا يجب ألا نفهم من وجود عرف خاص أو استثناء حالات فردية من حكم عرف عالم لظروف استثنائية أن هذا يطن فى فكرة توافر قواعد عرفية لأن هذه الاستثناءات ترجع الى أسباب فنية فحسب تحاول أن تستبعد عناصر عدم المساواة التى قد تحوّل القاعدة العرفية عند تطبيقها تطبيقاً عاماً .

وعلى هذا يمكن أن نقول إنه يشترط لتوافر العنصر المادى فى العرف أن يأتى التكرار عن طريق الجهاز المختص بالنسبة لشخص القانون الدولى العام ، وأن يمثل التكرار عمومية من حيث المكان واستمرارا من حيث الزمان ، وأن يتعلق بواقعة وضعية ، فى خصوص تصرف ذى صفة دولية ، على أساس التبادل .

ويضيف فريق من الشراح الى هذا الركن المادى - وهو العادة أو التكرار - ركناً معنوياً هو أن تكون قد تكونت عند الدول عقيدة أن السير على مقتضى النظام الذى رسمته العادة قد أصبح واجباً قانوناً .

والعنصر المعنوى - من حيث الزمن - يسبق العنصر المادى فالعقيدة هى التى تعمل قبل الواقعة المادية وهى التى تعطى السبب والتأكيد (١) .

وعلى ذلك فالتكرار أو العادة لا يكفى وحده لخلق قاعدة عرفية بل لابد من توافر العنصر المعنوى أى اعتقاد من يأتى هذه التصرفات بأنه إنما ينفذ التزاماً أو يمارس حقاً . وتبعاً لو أن حكومة ما أعفت المثلين الدبلوماسيين المعتمدين لديها من الضرائب وذلك على سبيل المحاملة ، فإن تكرارها لهذا الاعفاء لا يكون بذاته قاعدة عرفية إذ لابد لكى تكتسب العادة قوة ملزمة من أن تصدر عن عقيدة أنها ذات صفة ملزمة .

ويصف بعض الفقهاء الركن المادى للعرف بأنه الزاوية السياسية للعرف من حيث أنه هو التحقيق التاريخى للعرف ، كما يصف الركن المعنوى بأنه الزاوية القانونية للعرف بوصف أنه هو الذى يضيف المشروعية على العرف . ونظراً لأن كلا من الزاويتين متميزة عن الأخرى ولا تعارضها - عند من يشترطون توافر العنصرين من الفقهاء - فإن هذا الفريق يرى أن العرف يضمن أمام مظهر من أهم مظاهر التصرف الذى يجمع بين القوة والقانون (٢) .

Grégoire Gianni — La coutume en droit international, p. 133.

(١)

(٢) وقد مر من ذلك Westlake — فى كتابه — International Law, vol. I. p. 322 . بقوله :

If each of their proceedings be considered separately, the ratification subsequently conceded to it by the States affected saves it from being a substantial breach of—

وينكر بعض الفقهاء ضرورة توافر العنصر النفساني لقيام العرف مكتفياً بتوافر الركن المادى فحسب (١) وذلك استناداً على أن اثبات توافر العقيدة صعب ان لم يكن مستحيل (٢) ، هذا فضلاً عن أنه لا يوجد أى معيار نستطيع أن نعتبره لتحديد أية الظواهر النفسانية هي التي يمكن أن تضاف على التصرفات الخارجية صفة العرف .

وربما كانت هذه الصعوبة هي سبب أن محكمة العدل أغفلت في الغالبية الكبرى من أحكامها الإشارة الى العنصر المعنوي ولم تتعرض له الا في النادر من أحكامها .

أما نحن فترى أن الركن المعنوي أو النفساني هو العنصر الوحيد الذي يجب توافره لقيام القاعدة العرفية ، أما الركن المادى فليس عنصراً من عناصر تكوين القاعدة العرفية ، ولكنه قد يتخذ كوسيلة إثبات أى أنه ان جاز أن يكون له دور فهو إثباتي بحث وليس دوراً جوهرياً ، فالعادة

—their equality and independence, leaving it open only to the charge of a want of courtesy in manner. It stands as an example of political action, not be condemned if just. But when such proceedings are habitual they present another character. They then carry the connotation of right which by virtue of human nature accretes to settled custom, and the acquiescence of the smaller powers in them loses the last semblance of independent ratification"

(١) أنظر : Les sources du droit international 1946, p. 198 et ss.

(٢) Pitt Cobett في كتابه 5, p. 1, vol. 1 of Leading cases on international Law

شبه تكوين العرف بالتكوين التدريجي لطريق عبر أرض غير مهيمنة ذلك أننا نشهد في البداية آثاراً متفرقة متعددة ، تكاد علاماتها لا تظهر في الأرض ثم تبدأ في التجمع عند ممالك واحدة تهيأ اليه أسباب من المناسبة والمصلحة المشتركة ويتكرر سلوك ذات الطريق فيظهر ديب وحيد يسلكه بعد ذلك كل من يريد عبور المكان دون أن نستطيع تحديد لحظة معينة لنشوء هذا الدرب صالحاً للمجور .

وقد أضاف دى فيشر - المرجع السابق - ص ١٨٢ - الى ذلك التشبيه ملاحظة تكله في نظره هي أن عابري الطريق بينهم من تكون آثاره في الأرض أعمق من غيره بسبب ثقل الوزن ، أو لأن هناك مصلحة تدعو الى تكرار سلوك الطريق ، وفيشر يشير بذلك الى الدور الهام الذي قد تقوم به بعض الدول في تكوين العرف بسبب كونها من الدول العظمى أو لأن لها من المصالح ما دعاها الى ذلك .

قد تدفع الارادة الشارعة الى خلق قاعدة عرفية ، أو قد تثبت قيام قاعدة عرفية ولكن تكرار التطبيق ليس شرطاً لازماً لقيام العرف فقد تتوافر القاعدة العرفية من سابقة واحدة فحسب .

ومن ثم يمكن أن نعتبر العادة أو التكرار المستمر لفترة طويلة دليلاً على أن القاعدة إنما تطبق بعقيدة أنها ملزمة ، ولكننا لا نقبل القول بضرورة أن يتكامل العنصران معا لقيام العرف . ذلك أن العرف هو صورة من الصور التي تتشكل فيها القاعدة القانونية ، وتبعاً فإن كل ما يشترط لتوافر القاعدة العرفية يجب ألا يزيد عما اشترطناه لتوافر القاعدة القانونية ألا وهو التطبيق الفعلي بوصف الالتزام ولو كان ذلك التطبيق لمرة أولى (٢) . وقلنا هذا ينسجم

(١) يسوق بعض الفقهاء الحكم الذي أصدرته محكمة العدل في النزاع بين بيرو وكولومبيا حول حق الملجأ - مجموعة أحكام المحكمة سنة ١٩٥٠ ص ٢٧٦ وما بعدها - على أنه مثل للحالات النادرة التي ذكرت فيها المحكمة العنصر التفساني وذلك على أساس أن المحكمة اشترطت كمي تولد العادة عرفاً يجب أن تكون هذه المادة قد طبقت بوصفها قانوناً مقيداً لهذا التوضيح بأن المادة ٣٨ من نظام المحكمة لا تقر بوجود عرف إلا إذا كان تطبيقه قد قبل بوصفه قانوناً *acceptée* comme étant le droit راجع الدكتور غانم - المرجع السابق - ص ٨٠-٨٢

بينما يذكر آخرون الحكم السالف على أنه مثل للحالات التي أغفلت فيها المحكمة ذكر العنصر التفساني إذ قالت :

"Le gouvernement de la Colombie doit prouver, que la règle dont il se prévaut est conforme à un usage constant et uniforme pratiqué par les Etats en question et que cet usage traduit un droit appartenant à l'Etat octroyant à l'asile et un devoir incombant à l'Etat territorial..."

Cette coutume ne pourrait pas être opposée au Pérou qui loin d'y avoir adhéré par son attitude l'a au contraire répudié".

راجع جورجهايم - شرح القانون الدولي - المرجع السابق - ص ٤٧ . وقد أورد الحكم الصادر في منازعة القوس على أنه مثل للحالة التي تعرضت فيها المحكمة للعنصر المدعى حيث قالت :

"C'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale".

وان كان جورجهايم يعلق على الحكم السالف بأن المحكمة لم تمر العنصر التفساني أية أهمية رغم تعرضها له فهي قد اكتفت بذكره من الناحية النظرية ولكنها عملاً لم تبحث عما إذا كان قد توافر أم لا بل انحصرت في تقرير أن تكرار الامتناع عن ممارسة القضاء الجنائي المحل في حالات التصادم البحري في البحر العام لا يعني أن التول قد التزمت بذلك الامتناع .

(٢) قلنا هذا أخذ به آخرون منهم شتروب الذي يرى أن التكرار حادث عرضي يحدث عادة ولكن لا يشترط توفره لتكوين ما يسمى بالقاعدة العرفية .

مع باقى نظريتنا . ذلك أنه اذا كان العرف صورة من صور القانون ،
واذا كان القانون من خلق الارادة الشارعة فلا جدل أن هذه الارادة
تملك خلق القانون بتصرف واحد ، وتبعاً يكون من التناقض أن نقول
مع ذلك إن التكرار ركن من أركان العرف ، والصحيح أن نقول إن التكرار
يجوز أن يكون وسيلة من وسائل اثبات قيام العرف .

واذا كان فى القانون الداخلى من يرى أن العرف الدستورى يمكن
أن يتكون من سابقة واحدة فان الأمر ألزم بالنسبة للقانون الدولى لتوافر
ذات المحكمة لأن طبيعة الحياة الدولية — كما هى الحال فى الحياة الدستورية
الداخلية — قد لا تسمح بتكرار التصرفات لقلّة الظروف التى تعمل بطبيعتها
تطبيق القاعدة (١) .

وقولنا هذا بأن العادة ليست ركناً لازماً لقيام العرف يؤكد ما للعرف
من مزايا ويستبعد الكثير مما يوجه إليه من مآخذ .

ذلك أنه يجعل العرف أكثر مرونة وتطوراً لسد ما يجد من حاجات
فيقل بطؤه عن مسايرة عجلة الزمن ، اذ أننا لو تصورنا أن العرف يمكن
أن يتكون من سابقة واحدة دون حاجة الى تكرار أمكن أن نسرع بالعرف
لمقابلة حاجات المجتمع المستجدة (٢) .

أما الاعتراض الخاص بصعوبة تحديد العنصر النفسى فيرد عليه بأن
بعض الظروف يمكن أن تسمح بتمييز العرف كأن يكون انتهاك القاعدة محل
جزاء . فمثلاً نجد فى التاريخ الدبلوماسى أن قواعد المرور البرىء فى المياه

(١) اختلف الفقهاء فى المصور الوسطى فى خصوص عدد الوقائع اللازمة لتوافر الركن
المادى لعرف فى القانون الخاص فمدها البعض بمسرة ، وحيث بها آخرون الى أربعة بل
والى مرتين ، وهذا الاضطراب يزكى قولنا باستبعاد التكرار كركن فى العرف .

(٢) كذلك مما يعاب على العرف أن قواعده ليست واضحة الحدود مما قد يثير منازعات
حول تفسيره ، ولكن هذا له كذلك ميزته لأن صياغة القاعدة فى نص قد يؤدى الى تقييد القاضى
أو الشارع باللفظ أكثر من تقييده بالمعنى . ولو أننا مع هذا نفضل تقنين العرف حتى تصاغ قواعده
صياغة فنية سليمة تحسم الكثير من الخلاف على نحو ما ستوضح فيما بعد .

الاقليمية لها صفة القاعدة القانونية العرفية لأن انتهاكها يمكن أن يكون محل جزاء (١) ، في حين أن التحية البحرية بين السفن الحربية هي مجرد عادة لأنها ليست محل جزاء صحيح في القانون الدولي العام (٢) .

وكما أن القاعدة العرفية تتكون اذا توافرت لها الشروط السابقة فانها تنهى كذلك بذات الوضع الأمر الذي يعبر عنه الفقهاء بقولهم إن العرف ينشئ قواعد جديدة وقد يقضى على قواعد قائمة أو يفقدها قوة الالتزام ، والذي نعبر عنه نحن بقولنا إن العرف قد يثبت قواعد جديدة ، وقد يدل على سقوط قواعد قديمة أو على أنها فقدت قوة الالتزام .

الخلاف حول تكييف العرف :

طبيعي بعد الذي عرضناه من خلاف بين الفقهاء حول تفسير الأساس المزمع للقانون أن تبيان آراؤهم في تكييف العرف .

فالقائلون بأن المصدر المنشئ للقانون مصدر طبيعي يرون أن العرف ليس الا فصاحاً عن قاعدة قانونية قائمة فعلاً وسابقة في الوجود على العرف (٣) على خلاف بينهم في طبيعة تلك القاعدة . فأنصار المذهب الطبيعي يرونها

(١) ولذلك حكمت محكمة العدل الدولية في متازعة كورفو - بين المملكة المتحدة وألبانيا - بتحويل ألبانيا تمويشاً قدره ٨٤٤,٠٠٠ جنياً مستندة الى أن سير السفن البريطانية في المياه الألبانية يدعم حق المرور البريء في المياه الإقليمية .

(٢) راجع تفصيلات أدنى

Ross — Le problème des sources de droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit.

المجموعة السنوية المعهد الدولي لفلسفة القانون والاجتماع القانوني سنة ١٩٣٤ - ص ١٨٢

(٣) قارن دى فيشر - المرجع السابق - ص ٣٤٥ و يرى أن العرف ذو صفة فنية فحسب لأنه لا يعتبر سوى مصدر شكل للقانون الوضعي والقواعد التي يصوغها ليس لها من موضوع الا اعطاء الجزاء لبعض المبادئ العامة التي تقيم نفسها بنفسها .

قاعدة من قواعد القانون الطبيعي (١) ، وأنصار المذاهب الغرائزية (٢) يرونها قاعدة يوحى بها التضامن والشعور بالتضامن أو توحى بها البيولوجية البشرية ، وذلك في مجموع آرائهم . إلا أننا لو شئنا تفصيلاً لوجدنا أن فقهاء القانون الطبيعي اختلفوا فيما يتعلق بتكييفهم للعرف .

فعند سواريز يعتبر العرف مصدراً من مصادر القانون الدولي لأن القانون الدولي ذاته هو نتاج العلاقات الدولية (٣) .

أما جروسويس فيرى أن العرف في القانون هو اتفاق ضمني بين الناس بل ان القانون الدولي بجمعه يعتمد - عند جروسويس - على رضا جميع الدول ، وفي هذا يقول جروسويس ما نصه (٤) :

“ Comme les lois de chaque Etat se rapportent à son avantage particulier, Le consentement de tous les Etats, ou du moins du plus grand nombre a pu produire entre eux certaines lois communes. Et il parait qu'effectivement, on a établi de telles lois qui tendraient à l'utilité non de chaque corps en particulier, mais du vaste assemblage de tous ces corps. C'est ce qu'on appelle (Droit des gens) lorsqu'on le distingue du Droit Naturel ”.

ولذلك فسر جروسويس القوة الملزمة للعرف على أساس نظرية الالتزام بوصف أن العرف هو رضا ضمني .

(١) راجع :

Le Fur — Le droit naturel ou objectif s'étend - il aux rapports internationaux.

مجلة القانون الدولي والتشريع المقارن سنة ١٩٢٥ ص ٥٩

(٢) تقصد بالمذاهب الغرائزية ، المذاهب التي تقيم الأساس الملزم للقانون على الفريضة سواء كانت اجتماعية عند ديجي أو بيولوجية عند سيل (وهي التي أسمىها فيما سبق بالمدارس الاجتماعية) .

(٣) Les fondateurs du droit international - L'étude de M. Basdevant p. 125 et suiv.

(٤) جروسويس - المرجع السابق - ص ١٧

أما فيما يتعلق بالفقيه بوفندورف (١) فقد تغيرت الفكرة بعض الشيء لأنه لم يقل بما قال به سواريز وجروسيوس من ازدواج القانون الطبيعي وقانون الشعوب ، بل رأى أنهما واحد وعنده أن العرف اتفاق ضمني للدول ولكنها تستطيع أن تتحلل منه (٢) وذلك بالتكول عن التزاماتها .

وهكذا نرى أن آباء القانون الدولي من أصحاب المذاهب الطبيعية قريون في تكييفهم للعرف من التكييف الذى يقول به أنصار المصدر الوضعى .

فقد ذهب الفريق من فقهاء المصدر الوضعى الذى جعل ارادة الدولة هي مصدر القانون الى أن العرف هو تعبير عن الرضاء الضمنى للدول *tacite conventio* (٣) وهم بذلك يقابلون بين العرف وبين المعاهدات لأنها تعتبر في رأيهم تعبيراً عن الرضاء الصريح للدول .

وقد أقام كل من الأساس الملزم للقانون على قاعدة « الملزم عبد التزامه » ووصف هذه القاعدة بأنها عرفية الأمر الذى يدعونا الى القول بأن العرف في نظرية كل من هو المصدر المنشئ للقانون (٤) . ولكن فردروس اختلف عن أستاذه في تكييف العرف عند ما قال بنظرية التى تسمى نظرية التبعية فهو يرى أن العرف لا تخلفه العادة المستمرة لأن العادة تفترض سبق وجود قاعدة قانونية ملزمة وهى تقرررها فقط عن طريق الخضوع لها . وقول

(١) Les Fondateurs du Droit International, Paris 1954, Etude de P. Avril, (١) p. 331 et suiv.

(٢) مؤسس القانون الدولي - المرجع السابق - ص ٣٥٧

(٣) راجع على سبيل المثال :

Despagnet : Cours de droit international Public, 1910.

Redslob : Histoire des grands principes du droit des gens, Paris 1923. (٤)

Karl Strupp : Elements du droit public international européen et américain v. III, Paris 1930.

Serie A. No. 10 p. 28. - وقد سايرت محكمة العدل هذا الرأى في منازعة اللوتس .
وهى بصدد بحث اختصاص النظام القانونى للدولة فى نطاقها الإقليمى حيث قالت :

"Les règles de droit liant les Etats procèdent de la volonté de ceux-ci".

فردروس هذا يقترب من رأى الطبيعيين في أن العرف ليس الا اقصاحا عن قاعدة سابقة عليه في الوجود . ونحن لا نقر أيا من التفسيرات آنفة الذكر .

فالقول بأن العرف تعبير عن قاعدة قانونية سابقة عليه في الوجود منتقد بما أسلفناه من أنه ليس هناك قانون كامن وإنما القانون هو ما يطبق فعلا . ولا حاجة بنا الى تكرار ما قدمناه من حجج في هذا الخصوص .

كما أن تكييف العرف على أنه رضاء ضمني يفترض الحرية في عدم الرضاء وعدم التقيد بالالتزام اذ ما دام أن العرف رضاء فهو اذن متعلق بالحرية فالذى له أن يرضى له أيضاً ألا يرضى . كذلك ينتهى بنا تأسيس العرف على قاعدة « الملتزم عبد التزمه » الى ذات النتيجة لأن هذا يعنى أن أساس الزام العرف هو القبول ومن له أن يقبل له أن يرفض كذلك .

ومن ثم فإن تكييف العرف على أنه رضاء ضمني أو تأسيسه على قاعدة « الملتزم عبد التزمه » يهدم القانون من أساسه كما أوضحنا آنفاً .

ثم إن وصف العرف بأنه رضاء ضمني للدول لا يفسر لنا كيف تلتزم الدول الجديدة بعرف قام قبل وجودها ولم تشترك هي في ارسائه . ذلك أن هذه الدول لم يصدر عنها من التصرفات ما يفيد قبولها الضمني لقواعد العرف السابقة ، ولا يمكن أن نتصور أن يصدر عن دولة لم يكن لها وجود قانوني عند نشوء العرف — لا يمكن أن نتصور أن يصدر عنها من التصرفات ما يفيد مثل ذلك القبول اللهم الا اذا انتظرنا فترة بعد نشوء الدولة الجديدة لنرى هل ستأتى من التصرفات ما ينم عن قبولها الالتزام بالعرف السابق أم لا ؟ ويقضى منطق الرأى بالأنا نعتبر الدولة الجديدة ملزمة بالعرف السابق الا عند ما تحصل تلك التصرفات وقبل ذلك فهي غير ملزمة . ومن ثم فالدول الافريقية الجديدة يكون من حقها على هذا الأساس ألا تلتزم بالقواعد العرفية المستقرة في الجماعة الدولية سابقاً على قيام تلك الدول ، مع أن الذى يجب ألا يكون محل جدل هو الزام العرف لأشخاص القانون

الدولى العام سواء ساهوا فى اقراره أم لم يساهوا فى ذلك (١) ، وتبعاً فان الدول الافريقية التى دخلت الجماعة الدولية مؤخراً عليها أن تلتزم بالقواعد العرفية الثابتة فى القانون الدولى العام قبل نشوئها (٢) .

كذلك تثير فكرة الرضاء الضمنى التساؤل بالنسبة للدول التى ليست لها حرية القبول ، اذ كيف نقول إن الرضاء الضمنى بالعرف قد توافر قبل هذه الدول فى حين أنها ليست لها حرية الرضاء وتبعاً لا يمكن أن ننسب لها رضاء .

لذلك كان باديفان على جانب من الحق عند ما اعترض على تلك الفكرة بانياً اعترضه على أن الصفة الملزمة للعرف انما تثبت له من طريق الاقرار به من قبل القضاء والمحكمين لأنهم هم الذين يملكون السلطة لضمان تطبيقه (٣) . وناحية الوجهة فى اعتراض باديفان أن القاضى فى الجماعة البدائية انما يطبق القاعدة العرفية بوصفها فرضاً من قانون الجماعة وذلك دون توقف على رضاء من تطبق عليهم تلك القاعدة (٤) .

(١) جاني - المرجع السابق - ص ٨-٩

(٢) يقول فردروس ان المحاكم - فى حالة الخلاف على قيام عرف دولي - لا تبحث فيها اذا كانت دولتنا الخلاف قبلنا العرف أم لا ، وانما تبحث عما اذا كان العرف على اعتراف عام فى العمل الدولى - راجع فردروس ، القواعد العامة لقانون الدول للسلام ، مجموعة لاهى سنة ١٩٢٩ ج ٣ وما بعدها . وقد بلغ البعض الخروج من هذا الحرج الى فكرة القبول الضمنى أو المفترض من قبل الدول الجديدة لما استقر من قواعد عرفية سابقة وتمثل لذلك بحكم القاضى ولبن سنة ١٧٩٦ - المحكمة العليا للولايات المتحدة - منازعة Ware ضد Hylton (راجع ص ٦ Moore's Digest ورأى الفقيه الانجليزى Ferguson فى كتابه Institutes of moral philosophy.

(٣) M. Basdevant dans l'affaire du Lotus, Publications de le C.P. de J.I., Serie, C, 12e., session, p. 162.

(٤) A. Maret et G. Davy : L'évolution de l'humanité des clans aux empires, (١) Paris, 1931.

ومن هذا نرى أن فكرة الإرادة الضمنية تستند الى منطق معكوس ،
اذ تستنبط الوقائع من المبادئ في حين أن العكس هو الصحيح ، فالمبادئ
هى التى تستنبط من الوقائع لأن الواقعة — فى العلاقات الدولية — انما تسبق
تكييفها .

فلا غرو اذن أن ننهى الى أن فكرة الإرادة الضمنية تعجز عن تفسير
الوقائع .

رأينا فى تكييف العرف :

انتهينا الى أن القانون خلق من الإرادة الشارعة لأشخاصه الذين يملكون
تلك الإرادة .

ومن ثم فالعرف فى رأينا ليس مصدراً منشأً للقانون الدولى العام ،
كما أنه ليس تعبيراً عن الإرادة الضمنية للدول . وانما هو صورة من الصور
التي تظهر فيها الإرادة الشارعة لأشخاص القانون الدولى العام الذين يملكون
تلك الإرادة . وهو ليس تعبيراً ضمناً عن تلك الإرادة ، وانما هو تعبير
صريح عن تلك الإرادة .

والواقع أننا لو أنعمنا النظر فى قول من قالوا بأن العرف تعبير ضمنى
عن الإرادة والمعاهدات تعبير صريح عن تلك الإرادة (١) لوجدنا أن
هذا القول غير سليم ولا توضح لنا أن كلا من العرف والمعاهدة يعتبران
صريحاً عن الإرادة وكل ما بين الاجرائين من خلاف لا يعلو أن أحدهما
— وهو العرف — تعبير غير مكتوب ، والثانى — وهو المعاهدة — تعبير
مكتوب . وبدىهى أن واقعة الكتابة لا تبرر وصف الاجراء غير المكتوب
بأنه تعبير ضمنى والاجراء المكتوب بأنه تعبير صريح . والذى يبدو لنا
أن القائلين بهذا الرأى يخلطون بين اثبات الإرادة وتفسير فحوى الإرادة .

(١) نشير بذلك الى الرأى الذى يقول بأن العرف عقد *Théorie de la Coutume Contrat*
ولكنه عقد ضمنى ، أما المعاهدة فهى عقد صريح .

والكلام عن التعبير الصريح والتعبير الضمني إنما يأتي عند الكلام عن تفسير فحوى الإرادة ، أما طرق إثبات توافر الإرادة فليس فيها طرق صريحة وطرق ضمنية ، أو بتعبير آخر ليس هناك من دليل صريح ودليل ضمني لأن الدليل بطبيعته يكون صريحاً دائماً والا انتهى عنه وصف الدليل . ومن هذا يتضح قولنا إن ما ذهب إليه فريق من الفقهاء من أن العرف هو الإرادة الضمنية للدول رأى غير مقبول لأنه يخلط بين الإرادة والدليل المثبت لها . فالعرف قطعاً ليس هو الإرادة وإنما هو التعبير عن تلك الإرادة .

وحتى لو حملنا القول على أن التفرقة صحيحة بين الإرادة الضمنية والإرادة الصريحة فإنه يكون قولاً غير مقبول — في رأينا — بالنسبة للحالة محل الدراسة لأن الأمر يتعلق بخلق القانون .

ذلك أن خلق القانون معناه انشاء قواعد تحكم السلوك بطريق الالتزام ، وهذه عملية تحتاج الى اجراء ايجابي في حين أن الإرادة الضمنية ذات نزعة سلبية . ثم كيف نقول إن القواعد التي تخلفها الإرادة الضمنية تكون عرفاً في الوقت الذي نؤكد فيه أن العرف لا يقوم الا اذا قامت العقيدة بأنه قائم وملزم . ان توافر العقيدة يعنى انعقاد الإرادة بصراحة ، ومن ثم يكون من التناقض أن نقول إن العرف هو سلوك تسير عليه الدول بعقيدة أنه قاعدة ملزمة ونقرر في ذات الوقت أنه يصدر عن الإرادة الضمنية للدول .

قد يكون من المقبول أن نقول إن العادة تعبر عن الإرادة الضمنية ولكنها لا تنقلب عرفاً الا اذا تحققت إرادة صريحة في جعلها ملزمة ، وربما لا تكون هذه الإرادة الصريحة واضحة للفقهاء أو القاضى الأمر الذى يدعوه لأن ينقلب عنها في المراسلات الدبلوماسية والسوابق القضائية وغير ذلك ، ولكن هذا لا يعنى أنها ضمنية والا وجب — مسaire للمنطق الذى نعارضه — بأنه اذا ثار خلاف حول استمرار نفاذ المعاهدة أو انتهائها واحتاج ذلك الى الاستشهاد ببعض الكتب التى تبادلها طرفاها أو الى غير ذلك من وسائل التوضيح ، فان قواعد المعاهدة تنقلب عندئذ من إرادة صريحة الى إرادة ضمنية (أو من تعبير صريح الى تعبير ضمني) . وبديهي أن وصف العرف

بأنه ارادة ضمنية رتب وضعه كقاعدة في درجة أدنى من المعاهدة التي هي ارادة صريحة لأنه لا يجوز - بحسب القواعد الأصولية في التفسير - أن نلجأ الى مضمون الارادة الضمنية مع قيام الارادة الصريحة ، وهذه نتيجة لا تتفق مع ما انتهى اليه الكثيرون من أنصار المصدر الوضعي .

رب قائل يعترض على رأينا بأن وصف العرف بأنه مصدر ضمني يعنى أن العرف يتمثل في تصرفات تصدر عن الدول تفيد ضمناً قبولها للقاعدة والزامها بها وذلك بالمقابلة للأحكام التي تلون في المعاهدات فنفيد صراحة وفي تحديد هذا القبول والالتزام .

وردنا على ذلك أن كلا من العرف والمعاهدات يشتركان في أنهما قد يتمثلان في تصرفات تفيد التزام الدولة صراحة ، وقد يتمثلان في تصرفات تفيد ضمناً التزام الدولة ، فالدولة مثلاً قد تعلن صراحة التزامها بقاعدة معينة على أنها من قواعد العرف الدولي ، وهنا يكون قبول الدولة للقاعدة العرفية صريحاً وليس عن طريق تصرف يفيد ضمناً قبولها للقاعدة ، كما أن الدولة قد تعقد معاهدة تكون بعض نصوصها غامضة وتقيم التزام الدولة بقاعدة معينة على أساس القبول الضمني استناداً الى تفسير نصوص تلك المعاهدة . أما اذا أخذنا بمنطق الاعتراض السالف فكان الواجب أن نعتبر كل تصرفات الدول التي تم عن قبولها الصريح للقاعدة القانونية بمثابة معاهدات ولو لم تكن مكتوبة ولو لم يكن هناك طرف آخر تلزم قبله الدولة ، أما تصرفات الدولة التي تفيد ضمناً قبولها لقاعدة ما فتعتبر من قبيل العرف حتى ولو استندت الى وثيقة مكتوبة لها طرفان متعاقدان ، وهذا طبعاً قول غير مقبول وبعيد عن أن يقره المنطق القانوني .

ومن ثم فالذي نراه في شأن تكييف العرف أنه تعبر عن الارادة الصريحة ، أو بقول آخر هو صورة من الصور التي تتشكل فيها الارادة الشارعة الصريحة لأشخاص القانون الدولي العام الذين يملكون هذه الارادة ، ومن ثم فهو دليل من أدلة اثبات تلك الارادة ووسيلة من وسائل تحقيقها

وتبعاً فإنه يتعاصر - من حيث الوجود الزمني - مع الإرادة فلا يسبقها ولا يلحقها لأنها إنما تتخذ شكل العرف لحظة صدورها .

ومن هذا نخلص الى أن العرف مصبر للقانون الدولي العام في معنى الدليل ، أى أنه مثبت للقانون وليس منشأ له .

وقولنا هذا لا يجرى عليه ما سبق أن أوردناه من نقد بشأن جعل الرضاء أساساً للعرف لأن الإرادة التي تتخذ شكل عرف هي إرادة شارعة تحكمها فكرة العدالة من ناحية السبب ، ومن ثم فالإرادة بوصفها شارعة إنما تضيغ قواعد عامة مجردة أى قواعد تطبق على كافة أشخاص القانون الدولي العام الذين يوجدون في ذات الظروف المشترطة لتطبيق القاعدة ، يتساوى في ذلك الموجود من هؤلاء الأشخاص وقت صدور القواعد والذي يوجد بعد صدورها دون تعليق ذلك على رضاء أو قبول منهم طالما أن القواعد قائمة وناغلة .

وبوصف أن فكرة العدالة هي هدف الإرادة الشارعة وسببها فإن قواعد القانون تازم من صدرت عنهم ولا يمكنهم التحلل منها بطريقة تحكيمية ، بل لابد لذلك من أن يسلكوا الطرق التي يرسمها القانون .

كيفية اثبات قيام العرف :

لما كان العرف هو الصورة غير المكتوبة التي تصدر فيها الإرادة الشارعة الخالقة للقانون كان طبيعياً أن تتسامع عن كيفية اثبات قيام العرف ، أو بتعبير آخر تتسامع من أى الأدلة نستمد قيام العرف .

قلنا إن التكرار هو وسيلة من وسائل اثبات العرف ، ولكن هذا القول لا يوجب على تساؤلنا ذلك أنه سواء ثبت العرف عن طريق التكرار أو من توافر سابقة واحدة فإن السؤال لا يزال قائماً وهو : الى أى دليل يجب أن نعود لنزود بالقاعدة العرفية سواء أكان هذا العرف قد تكررت تصرفاته أم لا ؟

يمكن أن نجيب على هذا السؤال اجابة عامة بأنه ما دام أن القانون الدولي العام من خلق الارادة الشارعة لأشخاص القانون الذين يملكون هذه الارادة فان العرف يستمد من كل ما يصدر عن هؤلاء الأشخاص بواسطة أجهزتهم المفوضة من تصرفات تدل على توافر تلك الارادة (١) . ومن ثم فقد نعتز على اثبات العرف في المراسلات الدبلوماسية أو التعليقات التي تصدرها الحكومات لمثلها أو التصريحات التي تصدر عن تلك الدول ، ومثال ذلك التصريح الذي أصدره المجلس الفدرالى السويسرى سنة ١٩٤٤ بأن قانون الشعوب لا يقر للدول المتحاربة بحق رقابة يريد الدول المحايدة الذى يمر باقليم الدول المتحاربة (٢) .

وقد نجد العرف في صورة قاعدة من قواعد القانون الداخلى ، ومثل ذلك الكثير من القواعد المتعلقة بالبحر العام والبحر الاقليمى والموانى البحرية .

كذلك يمكن أن نجد في أحكام القضاء الداخلى تطبيقاً لقواعد عرفية دولية ، ونمثل لذلك برأى مجلس الدولة الفرنسى الصادر في ١٨٠٦/١١/٢٠

(١) يقول جروسوس - فيما يتعلق بالاثبات العرف - :

"Pour prouver l'existence du Droit de la Nature, je me suis servi des passages des philosophes, historiens, poètes, orateurs. Non qu'il faille s'y fier aveuglement, car ils s'accrochent pour l'ordinaire aux préjugés de leur secte, à la lature de leur sujet et à l'intérêt de leur cause, mais c'est que quand plusieurs personnes, en divers termes et en divers lieux contiennent une même chose comme certaine, cela doit être rapporté à une cause générale. Or, dans les questions dont il s'agit, cette cause ne peut être que l'une ou l'autre de ces deux : ou une juste conséquence tirée des principes de la nature, ou un consentement universel. La première nous découvre le Droit Naturel et l'autre le Droit des gens. Pour distinguer ces deux sortes de Droit commun, il faut considérer non les termes mêmes dont les auteurs se servent pour les désigner, mais la qualité du sujet dont il est question. Car si un maxime qui ne peut être déduite des principes certains par de juste cause que ces, se trouve néanmoins observée partout, on a lieu d'en inférer, qu'elle doit son origine à une volonté arbitraire".

جروسوس - المرجع السابق - ص ٣١-٣٢

Annuaire suisse II 1945, p. 119. (٢)

المعلق بممارسة الدولة لاختصاصها الجزائي حيال الجرائم التي ترتكب على ظهر السفينة الأجنبية في المياه الإقليمية الفرنسية .

كما قد تحوى الاتفاقات الدولية القواعد العرفية ، ويمكن أن نمثل لذلك بالعديد من تلك الاتفاقات . ونذكر منها الآن تسوية مؤتمر فينا بتاريخ ١٨١٥/٣/١٩ فيما يتعلق بمراتب الوكلاء الدبلوماسيين ، وتصريح باريس في ١٨٥٦/٤/١٢ عن الحرب البحرية ، والتسويات التي عقدت بين سويسرا من جهة وبين عصبة الأمم سنة ١٩٢١ ، سنة ١٩٢٦ والأمم المتحدة ومنظمة العمل الدولية سنة ١٩٤٦ من ناحية أخرى وذلك فيما يتعلق بما للمنظمات الدولية وما لكبار موظفيها من مزايا وحصانات .

وقد يكون القضاء الدولى أيضاً مرجعاً لاثبات العرف الدولى ، ومثال ذلك حكم محكمة العدل الدولى الدائمة فى منازعة اللوتس - التى أشرنا إليها فيما سلف - الذى اعترف للنظام القانونى الداخلى بالاختصاص الخالص فى نطاقه الاقليمى ، وكذلك يعتبر حكم المحكمة (١) الذى قرر أن مبدأ حرية البحار هو ايضا من قاعدة قانونية دولية ، يعتبر من قبيل الأحكام التى يرجع إليها لاثبات قيام قاعدة عرفية فى ذلك الخصوص .

والفقه يجوز أن يكون وسيلة لاثبات العرف كما قالت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية فى المنازعة المعروفة باسم *Paquette Habana* (٢) حيث ذكرت المحكمة أن المحاكم انما تستعين بأقوال الفقهاء ليس فقط لى تتعرف على الآراء النظرية التى يعلق بها هؤلاء الفقهاء على ما يجب أن يكون عليه القانون الدولى ، بل كذلك لى تتعرف على ما فيها من افصاح عن القانون القائم .

(١) Serie A. No. 10, p. 2.

(٢) Scott's cases, p. 13.

وبالجملة نكرر ما قلناه من أن كل ما يصلر عن أشخاص القانون الدولي العام ذوى الارادة الشارعة يمكن أن يتضمن دليلا على قيام العرف وقد يستفاد منه اثبات القاعدة العرفية (١) .

القوة الملزمة للعرف وعلاقته بغيره من أدلة اثبات القانون (٢) :

أوضحنا أن العرف مصدر الثبات للقانون وتبعاً فإن احترام العرف احترام للقانون ، ومن هنا تأقى القوة الملزمة للعرف . فاحترام العرف ليس اجراء من اجراءات الهاملة أو تفضيلا من قبل أشخاص القانون الدولي العام ولكنه الزام عليهم ، وهذا هو الذى يفرق العرف عن العادة . واحترام النول للعرف هو المقابل لدخولها الجماعة الدولية . وهذا هو ما أعرب عنه

(١) الدكتوران حميد سلطان والمريان - المرجع السابق - ص ٣٦ ، ٣٧ . والدكتور أبو هيف - المرجع السابق - ص ٢٣

(٢) ذهب جريجوار جاني - المرجع السابق - ص ١٣٥ ، ١٥١ ، ١٥٦ ، ١٥٧ - الى تقسيم العرف الى نوعين : عرف فى معنى ضيق ، وهو العرف بالمعنى الذى أوضحنه فى المثنى كلفاً ، عرف بمعنى واسع وهو المادى العامة فى قوانين النول المتعدية الى ذكرتها الفقرة الثالثة من المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل . ويقول ان الفرق بين القسمين هو أن العرف بمعناه الضيق لابد أن يتوافر له الركن المادى ، فاذا فقد العرف هذا الركن كان عرفاً بالمعنى الواسع ، والفرق الثانى أن العرف بالمعنى الضيق يجب أن يمتنع عنصره المعنوى مع الفكرة المسيطرة لأنه وان كان شخصياً بالنسبة لدولة معينة الا أنه يجب أن ينسجم مع ما تعتبره النول الأخرى مادلاً فى حين أن الركن المعنوى فى العرف بالمعنى الواسع يمكن ألا يكون جزءاً من التفسير القانونى للنول المعنية أى أنه خارج عنها ولكنه مع ذلك يلزم النولة التى لم تسلم فيه . أى أن الركن المعنوى فى العرف بمعناه الضيق يجب أن :

(١) يؤيد بواقعة مادية .

(ب) يتكامل فى الفكرة المسيطرة .

ويضيف جاني أن العرف بمعناه الواسع يمكن أن يكشف عن نفسه ، فى مظاهر مختلفة كىادى القانون الداخلى والمراسلات الدبلوماسية وقضاء دول أخرى غير النول المعنية (لأننا نثير هذا تكون فى نظر جاني أمام واقعة مادية يمكن أن تكون الركن المادى للعرف بمعناه الضيق) . وأن هذا النطاق الواسع يؤيد القضاء النول ويرى أن ذلك أمر متعلق لأن المعاهدات والعرف بمعناه الضيق لا يكفيا لتزويدنا بحلول المنازعات التى تعرض على القضاء النول .

وسرى فيما بعد مدى صحة وجهة نظر جاني فى هذا الخصوص .

القضاء منذ أمد طويل ، فقد قال القاضي ولسن Wilson باسم المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية — في حكم أصدره سنة ١٧٩٦ — إن الولايات المتحدة إذ حصلت على استقلالها ، ملزمة بأن تحترم قانون الشعوب على النحو الذى كان عليه ذلك القانون وقت حصول الولايات المتحدة على الاستقلال (١) .

وهذا أيضا هو ما قاله الوزير الانجليزى Canning في رسالة له (٢) بتاريخ ٢٥ مارس ١٨٢٧ بمناسبة الاعتراف بالمستعمرات الأسبانية التى ثارت على دولة الأصل . ولكن يحصل أحيانا أن نجد خلافا قويا حول توافر القاعدة العرفية ، فالآراء التى تؤيد وجودها تكاد تتعادل مع الآراء التى تنكر وجودها حتى إنه قد يصعب القول بتوافر الركن المعنوى — اللزوم لقيام العرف .

وقد ثار الأمر فى العمل الدولى ونسوق له مثلا فيما يتعلق باتفاقية إلغاء تجارة الرقيق . ذلك أن العرف الدولى كان يسمح فيما مضى بتجارة الرقيق ثم اتضح فيما بعد أن هذه التجارة مبنية فى حق الإنسانية ، وطبيعى أن رأى الجليد لم يتكون فجأة ولكنه استمر على مرور الزمن ، إلا أن الدول ذات المصالح الاستعمارية عارضت الاتجاه الجديد بقوة حتى أن بعضها أعلن موقفا عدائيا من اتفاقية إلغاء تجارة الرقيق .

وقد حصل أن سفينة فرنسية باسم Jeune Eugénie كانت تنقل حوالة من الرقيق فقبضت عليها سفينة أمريكية عند الشواطئ الإفريقية وعرضت الغنيمة على المحكمة العليا للولايات المتحدة فقرر القاضي Story رفض مطلب المطالبين بالحمولة وقال إن العرف الدولى كان يستبعد مثل

(١) أنظر القاضي ولسن فى منازعة Moore's Digest p. 5-Hylton x Ware.

(٢) مجموعة محاضرات لاهى Cavaglieri — Régies générales du droit de la paix.

هذه الحمولة من بين الغنائم مغلباً بذلك الفكرة الجديدة (١) ، أما السفينة فقد سلمت للقنصل الفرنسي ثم أعيدت بعد ذلك لأصحابها .

غير أن المحكمة العليا لم تستقر على قضائها السالف كثيراً فقد حصل بعد ذلك في منازعة *The Antelope* (٢) أن حكم القاضي مارشال بأن مبدأ المساواة بين الدول هو من المبادئ الأساسية في القانون الدولي ، وتبعاً فلا يجوز إلغاء عرف معترف به إلا بالرضاء ، ولذا فإن تجارة الرقيق تعتبر مشروعة بالنسبة للدول التي لم تنكل عنها .

هذا عن القوة الملزمة للعرف . أما فيما يتعلق بعلاقة العرف بغيره من أدلة إثبات القانون الدولي العام ، فقد حددت ذلك المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل — الملغاة والحالية — بقولها إن وسائل إثبات القانون هي :

١ — الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترف بها صراحة من جانب الدول المتنازعة .

٢ — العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال .

٣ — مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدينة .

٤ — أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون الدولي العام في مختلف الأمم ويعتبر هذا أو ذاك مصدراً احتياطياً لقواعد القانون .

ومعنى ما أسلفناه أن المادة ميزت بين نوعين من أدلة الإثبات :

(أ) أدلة أصلية هي المعاهدات والعرف والمبادئ العامة .

(ب) وأدلة ثانوية هي أحكام المحاكم وأقوال كبار الفقهاء .

(١) أنظر : Dickinson — The law of nations, p. 13—20.

(٢) ديكسون — المرجع السابق — ص ٢٠

إلا أن المادة غامضة فيما يتعلق بترتيب الأدلة الأصلية ولذلك فإن بحثها يثير التساؤل عما إذا كانت المادة قد قصدت إلى ترتيب الأدلة الأصلية ترتيباً تنازلياً من حيث قوة الإثبات ، أم أنها أوردت تلك الأدلة دون تفرقة بينها في القيمة الاستدلالية .

والذي نرجحه أن المادة لم تهدف إلى ترتيب ما أوردته من أدلة أصلية ترتيباً نسبياً بمعنى أن صياغة المادة لا يفهم منها إيجاد أى تفرقة في القيمة الاستدلالية بين أدلة إثبات القانون الأصلية ، وتبعاً فهي قد تركت تحديد ذلك للقواعد الأصولية العامة في التفسير والتطبيق (١) .

الا أننا نلاحظ على صياغة المادة عدم الدقة من ناحيتين :

الأولى أنها ذكرت أن على القاضي أن يستوحي القانون من أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين كمصدرين احتياطين ، والذي نراه أن القضاء والفقهاء ليسا من أدلة إثبات القانون في معنى أن الإرادة الشارعة لأشخاص القانون الدولي العام لا تصدر في صورة فقه أو قضاء .

فأحكام القضاء (٢) لا تصدر عن لم صفة المتحدث باسم أشخاص القانون الدولي العام في المجال الدولي ، أو بتعبير آخر لا تصدر عن الأجهزة المفوضة بالأعراب عن الإرادة الشارعة لأشخاص القانون الدولي العام ، كما أن أحكام القضاء حسب صريح نص المادة ٣٨ سالف الذكر هي آراء فردية لا تلزم سوى طرفي المنازعة وفي خصوص المنازعة التي عرضت على المحكمة .

(١) اقترح في لجنة المشرعين سنة ١٩٢٠ أن تتبع المحكمة المصادر الأربعة بالترتيب المذكور في المادة على أساس أن ذلك الترتيب منطقي وطبيعي ولكن الاقتراح رفض .

(٢) يلجأ بعض الفقهاء ، وتذكر منهم سورنسن - المرجع السابق - ص ١٥٤ وما بعدها إلى أن القضاء يمثل مصدراً من مصادر القانون وهو رأي يتأثر بالنزعة الأنجلوسكسونية في خصوص الدور الذي يقوم به القضاء ، الأمر الذي تأثر به الفقيه الإنجليزى سير آرثولد ماكينير ولذلك أوضح في محاضرات له نشرت في *Annuaire de l'Institut de droit international* 1950, II, p. 183 et suiv. ميزة تطور للقانون الدولي عن طريق خلق تشريع دولي بواسطة القضاء .

ولعل الأمر يكون أكثر وضوحاً إذا فرقنا بين علاقة القضاء بوسائل اثبات القانون الأصلية - أى العرف والمعاهدات - وبين علاقة القضاء بالقانون الدولى العام مباشرة .

قد يكون القضاء وسيلة من وسائل اثبات العرف أو تفسير نصوصه أو تفسير نص فى معاهدة ولكنه ليس وسيلة مباشرة لاثبات الإرادة الشارعة الخالقة للقانون . ومن ثم فالقضاء قد يكون وسيلة غير مباشرة إذا حوى تطبيقاً لقاعدة عرفية ولكنه لا يكون وسيلة مباشرة ولو كان ذلك فى صورة مصدر احتياطى .

وكذلك الأمر بالنسبة للفقهاء . كما أننا نغلب بالنسبة للفقهاء أن المشرع الذى صاغ المادة محل البحث خلط بين آراء الفقهاء من حيث هى ، وبين الدور الذى يقوم به الفقهاء من حيث الثبات وشرح ما يجرى عليه العمل الدولى وما هو مطبق فعلاً بين الدول من قواعد (١) .

على أننا نحب أن نوضح أن انتقاد إيراد القضاء والفقهاء كمصدرين لاثبات القانون الدولى العام لا يعنى التقليل من أهمية الدور الذى يؤديانه بالنسبة للقانون الدولى العام وتطوره .

فأحكام المحاكم وما لها من حجة الشيء المقضى فيه بالنسبة للنزاع الذى فصلت فيه ، ومحاولة المحاكم أن تسيّر على ما سبق لها أن قررت من مبادئ فى منازعات سابقة كثيراً ما يدفع أشخاص القانون الدولى العام ذوى الإرادة الشارعة الى اضمفاء صفة القانون على تلك المبادئ .

ويعتبر رجوع محكمة العدل الى أحكامها السابقة من أظهر مميزات نشاط تلك المحكمة ، فكثيراً ما تقول فى حكم أو رأى لاحق إنها قررت مبدأ ما

(١) ودنا نذكر ما قاله ألورد Alverstone فى منازعة The King West Bank Central Gold Mines من أنه كثيراً ما تكون تأكيدات للفقهاء إنما هى تعبير عن آرائهم الشخصية وليس الثباتاً لقاعدة من قواعد القانون الدولى .

أو تبنت نظرية بعينها في حكم أورأى سابق . ومثال ذلك قضية شورزاو (١) وقضية اللجنة الأوروبية للدانوب (٢) . بل ان المحكمة ذهبت الى أكثر من هذا فكانت تقول إنه ليس من شيء استجد كى تغير ما سبق أن أخذت به من آراء ، ومن ذلك ما أوضحت في رأيا الاستشارى السادس . وفي قضية مافروماتس ترددت المحكمة في أن تكون بتطبيقها شروط الانتداب على فلسطين قد تناقضت مع الرأى الذى أيدته في فتاها الخاصة بمراسيم الجنسية في تونس ومراكش . كما خصصت المحكمة جزءاً كبيراً من حكمها في قضية الرهون المصرية لبيان أن ما أحاله اليها اتفاق التحكيم بعيد عن المبادئ التى قررتها في أحكامها السالفة في هذا الموضوع وأحالت الطرفين الى ما سبق أن قالته في تلك الأحكام . وفي قضية الرعايا البولونيين في دانترج كانت المحكمة تحيل الأطراف الى قرارات سابقة ، أو تقرر أن المبدأ الذى تطبقه يتفق مع المبادئ المطبقة في حكم سابق . وفي الرأى الاستشارى الخاص بتفسير اتفاق سنة ١٩١٩ المتعلق باستخدام النساء ليلا أحالت المحكمة الى فتاوها رقم ٢ ، ٣ ، ١٣ التى وان لم تكن عن موضوع مماثل الا أن ما تضمنته مبادئ يلقى — كما قالت المحكمة — ضوءاً على المسألة .

على أنه يجب ألا نفهم من ذلك أن المحكمة قد سارت على الفكرة الأنجلوسكسونية التى تعطى للسوابق حجية فيما يلى من منازعات ، اذ أن المحكمة لم تذهب الى أنها ملزمة باتباع المبادئ التى تضمنتها أحكامها السابقة وانما جرت على احترام تلك المبادئ .

كذلك يساهم الفقه بنصيب كبير في خلق روح أو رأى عام يجبذ الاقرار بقواعد جديدة . ويمكن أن نسوق مثلاً لذلك الدور الذى لعبه الفقه في القانون

(١) تخلص وقائع قضية شورزاو في أن بولونيا صادرت مصنعاً ألمانياً دون تعويض في سيليزيا العليا وذلك بعد الحرب العالمية الأولى وقد حكمت محكمة العدل في ٢٥ مايو ١٩٢٦ ضد بولونيا على أساس أن تصرفها هذا يخالف الفصل الثالث من اتفاق جنيف المبرم بين بولونيا وألمانيا في ١٥ يولي ١٩٢٢ بشأن سيليزيا العليا .

(٢) وهى المنازعة التى ثارت بعد إعادة تنظيم الريخ موحداً فقد أصرت ألمانيا رغم ذلك على أن يبقى لها ممثلان في اللجنة .

الدولى العام النهى . نقاله — وعلى الأخص أنصار القانون الطبعى — يعود الفضل فى إعلان الثورة الفرنسية لمبدأ حرية الأنهار الدولية تحت تأثير ما كتبه الشراح عن اساءة الدولة لاستعمال سيادتها اذا هى لم تسمح بحرية الأنهار الدولية.

وقد شغلت محكمة العدل الدولية الدائمة — عند نظرها لمنازعة اللوتس — بالقيمة التى يمكن أن نولها للفقه عند ما يقرر وجود قاعدة عرفية وان كانت لم تنته الى رأى قاطع فى ذلك الخصوص واكتفت بتلخيص الآراء الفقهية فى ناحية النزاع .

واذن فالقضاء والفقه — وان لم يكونا من أدلة الاثبات المباشرة للقانون الا أنهما عاملان هامان فى تكوين القانون العرفى وحفز الارادة الشارعة المخالفة للقانون الى اقرار قواعد قانونية متطورة .

وعلى أساس التوضيح الذى أسلفناه بشأن الفقه والقضاء يمكن أن نقول إن الفقرة (ج) من المادة ٣٨ أوردت تعداداً ناقصاً لوسائل اثبات العرف اذ سبق لنا أن أوردنا أن هناك وسائل أخرى عدا القضاء والفقه يمكن الرجوع اليها لاثبات قيام العرف ، الأمر الذى يدعونا الى القول بأن هذا التعداد غير الكامل انما جاء على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر (١) .

أما الناحية الثانية التى ننسبها الى المادة ٣٨ آنفة الذكر فهى أنها أوردت مبادئ القانون العامة التى أقرتها الأمم المتعدية على أنها دليل مستقل عن العرف والمعاهدات ، أى أنها فرق بين العرف والمبادئ العامة للقانون وهى تفرقة لا نقرها .

اذا رجعنا الى الأعمال التحضيرية (٢) للمادة محل البحث نجد أن لجنة المشرعين أدخلت هذا النص فى نظام المحكمة بقصد سد نقص القانون الدولى

M.O. HUDSON : The Permanent Court of International Justice, (١)
1943, p. 634.

(٢) راجع محاضر أعمال اللجنة عن المدة من ١٦ يونيه الى ٢٤ يوليه ١٩٢٠ من ١٩٢ ،

٢٩٤ ، ٢٠٦

العام وما به من فراغ non liquet . وقد يكون هدفها من وراء ذلك
ذا صبغة سياسية وهو توسعة سلطة القاضى على حساب السلطة التقديرية
للدول تلك السلطة التى يقرها العرف الدولى بسبب بدائية قانون الشعوب .

ولكن هذه الأعمال التحضيرية لا توضح نقطة البحث أى أنها لا تبين
ما اذا كانت المبادئ العامة تعتبر مصدراً اثباتياً مستقلاً عن العرف والمعاهدات
أم أنها تختلط بهما أو بأحدهما ، ولذلك ثار جدل فقهى كبير حول طبيعة
تلك المبادئ .

فبعض الفقهاء يرى أن هذه المبادئ هى تطبيق مباشر للقانون الطبيعى
وأن المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل قد أعطت للقانون الطبيعى بقرتها (د)
شكل وقوة القانون الوضعى (١) .

وذهب آخرون الى أن المقصود بالمبادئ العامة هو مجموعة المبادئ
الأساسية التى تستند اليها وتقرها النظم القانونية فى مختلف الدول المتمدنية ،
وتكون عامة الى درجة أنه لا يخالف طبيعة الأشياء تطبيقها فى الشئون
الدولية (٢) مثل مبدأ المسئولية التقصيرية أو سقوط الحق بالتقادم أو حجية
الشيء المقضى فيه . فتل هذه المبادئ عما لها من صفة عامة وما توحى به
من روح العدالة تقبل التطبيق أيضاً على العلاقات الدولية بشرط ألا يخافى
روح القانون الدولى (٣) . ومن أنصار هذه الفكرة أنزيلوى الذى يرى
أن المبادئ العامة وسيلة تسمح للقاضى الدولى بأن يفسر عن طريق القياس
على تلك المبادئ العامة .

بل ان بعض الفقهاء ارتفعوا بالمبادئ العامة الى أنها الأساس القواعدى
لكل المبادئ القانونية الوطنية والدولية (٤) وأنها تأخذ صفة الفردية عندما
تطبقها المحاكم على حالة بعينها .

(١) لوفر - نظرية القانون الطبيعى ، المرجع السابق - ص ٣٨٠ وما بعدها .

(٢) الدكتور أبو هيف - المرجع السابق - ص ٢٨

(٣) فلا نجد أن القانون الداخلى لا يميز الاتجاه الى القوة فى العلاقات الفردية بينما يميزها
القانون الدولى فى بعض الحالات .

(٤) قارن كوادرى الذى يرى أن المبادئ العامة لا تكون مصدراً مستقلاً فحسب بل إنها =

وهناك رأى يترجمه سالفبولي (١) بأن هذه المبادئ إنما هي مبادئ واضحة وشارحة أى أن الأمر لا يتعلق بمصدر ولكن بمبادئ قانونية تساعد على توضيح الاتفاق أو العرف .

وعند فريق آخر أن المبادئ العامة تكون مصدراً من الدرجة الثالثة إلى الاتفاق والعرف ولا يلجأ إليه إلا إذا لم توجد قاعدة اتفاقية أو عرفية (٢) ، وتبعاً فإن الصفة الملزمة لهذه المبادئ إنما تستند إلى الاتفاق الذى هو نظام المحكمة .

ويصف نفر من الفقهاء هذه المبادئ بأنها مصدر من الدرجة الثالثة مبنى على العرف الناشئ من تكرار التجاء محاكم التحكيم إلى تطبيقها .

وينتقد بعض الشراح — ومنهم جورج سيل (٣) — ذكر هذه المبادئ بين مصادر القانون الدولى العام بقوله إنها تدخل فى نطاق العرف الدولى .

وإذا رجعنا إلى ما جرى عليه العمل الدولى نجد أن التطبيق الدولى قد جرى على هذه المبادئ فى أكثر من مناسبة . ونذكر من ذلك حكم محكمة التحكيم الصادر بتاريخ ١١ نوفمبر ١٩١٢ فى المنازعة الروسية التركية بشأن المسئولية التى على الدولة المدينة . كما استهدفت محكمة العدل الدولى هذه المبادئ فى حكم مضيق كورفو الصادر فى ٩ أبريل ١٩٤٩ فى النزاع

== مصدر من الدرجة الأولى يملو الاتفاق والعرف . ويعنى بالمبادئ العامة المبادئ التى تتبع من الصغير المالى إذ تعترف بها جميع الدول بطريقة ثابتة وأساسية على أنه لا يمكن فى ذلك باعتراض غالبية الدول بالمبدأ أو حتى باعتراضها جميعاً به بل يشترط أن يكون هذا المبدأ بطبيعته صالحاً لأن يطبق على كل الجماعة سواء أكانت إقليمية أو دولية ، ويمثل لذلك بنظرية الإبراء غير المشروط ومبدأ الأخذ بما هو فى صالح الدين *favor debitoris* عند تفسير اتفاق دولى .

(١) راجع محاضرات كوادرى لطلبة كلية الحقوق بجامعة القاهرة — قسم الدكتوراه —

سنة ١٩٥٠

(٢) الدكتوران حامد سلطان والعريان — المرجع السابق — ص ٣٨

(٣) راجع الدكتور غانم — المرجع السابق — ص ٨٦

بين ألبانيا وإنجلترا ، إذ أخذت بوسائل الإثبات غير المباشرة المقبولة في جميع النظم القانونية عند تعذر الالتجاء لوسائل الإثبات المباشرة بسبب الرقابة التي تفرضها دولة ما على أقليمها .

أما النصوص التي أوردت المبادئ العامة فنذكر منها مقدمة اتفاق لاهاي الرابع (١) بخصوص التشريعات وعرف الحرب البحرية ونصها :
" Les populations et les belligerents restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens tels qu'ils résultent des usages établies entre nations civilisées, des lois de L'humanité et des exigences de la conscience publique".

وعندنا أن تكييف المشكلة يقتضى أن نحدد أولاً هل يمكن للإرادة الشارعة الخالقة للقانون أن تتخذ صورة مبادئ عامة على النحو الذى وضعته المادة ٣٨ مستقلة عن العرف والمعاهدات أم لا ؟

لا تخلق الإرادة الشارعة قواعد دولية الا اذا تعلقت بمسلك دولي ، ومن ثم فان المبادئ العامة يجب أن تنظم مسلكاً دولياً حتى تكون دليلاً مثبتاً للإرادة الشارعة الدولية ، أما اذا نظمت مسلكاً داخلياً فانها لا تكون عندئذ تعبيراً عن الإرادة الشارعة الدولية .

ومن ثم فانا اذا فهمنا المبادئ العامة على أنها المبادئ التي تحويها مختلف النظم المحلية لتنظم سلوكها الداخلى فانها عندئذ لا تكون مصدراً اثباتياً للإرادة الشارعة الدولية وان جاز أن يكون لها تأثير غير مباشر في خلق قواعد دولية من حيث أن تكرار النص على ذلك المبدأ في القوانين الداخلية يسهل قبوله لدى الإرادة الشارعة الدولية .

أما اذا تعلقت المبادئ العامة بمسلك دولي فانها عندئذ لا تعدو أن تكون عرفاً أو معاهدة وذلك حسب الصورة التي تتخذها فان كانت غير مكتوبة فهي عرف وان كانت مكتوبة فهي معاهدة (٢) .

(١) Le Fur et Chklover — Recueil des textes de droit international Public, 2e, éd. p. 204.

(٢) ينهض البعض الى أن المبادئ العامة لم تعد مصدراً مستقلاً به أن ذكرتها المادة ٣٨ =

ومن ثم فإن المبادئ العامة من حيث هي لا تعتبر دليلاً مستقلاً من أدلة اثبات القانون الدولي العام وهي لا تكون كذلك إلا إذا اتخذت صورة عرف دولي أو معاهدة .

وعلى ذلك فإن المادة ٣٨ السالفة إنما ميزت بين العرف والمعاهدات من ناحية وبين المبادئ العامة من ناحية أخرى في معنى شكلي بحث ، أو بتعبير آخر أن تعداد المصادر التي وردت في تلك المادة باسم مصادر أصلية هو تعداد للمصدر بمفهومه الشكلي (في المعنى الذي أوضحناه آنفاً للمفهوم الشكلي) . أما إذا قصدنا إلى المصدر بمعناه الواقعي (في المعنى الذي أسلفناه للمفهوم واقعي) فإنه يقتصر في نظرنا على العرف والمعاهدات فحسب .

أما وقد انتهينا إلى أن المصادر الإثباتية الواقعية للقانون الدولي العام هي العرف والمعاهدات فحسب ، فطبيعي أن يكون بحث العلاقة بين العرف وغيره من مصادر القانون قاصراً على بحث علاقة العرف بالمعاهدات . وهنا نذكر التفرقة الشائعة بين أغلب الفقهاء والتي تقسم المعاهدات إلى نوعين (١) : المعاهدات العقود *traités - contrats* والمعاهدات الشارعة *traités - lois*

ويقصدون بالمعاهدات العقود — أو المعاهدات الخاصة — المعاهدات التي تعقد بين عدد محدود من الدول في أمر خاص بها ، وهي عادة لا يتعدى أثرها من وقع عليها . ومثال ذلك معاهدات الصداقة والمعاهدات التجارية ، ولذا فهي ليست بذاتها مصدراً لقواعد القانون الدولي العام

== من نظام محكمة العدل ، بل انقلبت إلى معاهدة بوصف أن إيرادها ضمن مصادر القانون جاء في نظام المحكمة ونظام المحكمة لا يملو أن يكون اتفاقاً دولياً ، ولكن يؤخذ على هذا الرأي أن النص في معاهدة على اختيار المبادئ العامة من بين مصادر القانون لا يحيل من هذه المبادئ مصدراً اتفاقياً لا سيما وأن النص لم يعرف المقصود بالمبادئ العامة ولم يفصلها بل ترك ذلك للتفسير والتطبيق العملي .

(١) الدكتور أبو حيف - المرجع السابق - ص ٢٤ ، ٢٥ - وهي تفرقة لا فقرها على نحو ما ستوضح بالمثل فيما بعد .

وان كان يصح أن تصبح سبياً غير مباشر لظهور قاعدة دولية وذلك عندما يثبت تكرار إبرام معاهدة خاصة تنص على نظام معين في أمر معين من عدة دول . فتعارف الدول على الأخذ بهذا النظام قد يؤدي الى نشوء قاعدة عرفية توجب على الدول اتباع ذلك النظام ، ومن الأمثلة التي يسوقونها في هذا المجال قاعدة عدم تسليم اللاجئين السياسيين ، فلقد نشأت تلك القاعدة بعد تكرار النص على عدم جواز تسليم اللاجئين السياسى في مختلف معاهدات التسليم .

أما المعاهدات الشارعة - ويسمونها كذلك المعاهدات العامة - فهي التي تعقد بين عدة دول في شأن يهم الدول جميعا ويكون الغرض منها انشاء قواعد عامة أو تسجيل قواعد مجردة لتنظيم علاقة دولية عامة وهي بهذا أقرب ما تكون الى التشريع ، ولذا سميت بالمعاهدة الشارعة ، تتميز لها عن المعاهدة الخاصة التي تشبه العقد . ومن الأمثلة التي يذكرونها للمعاهدات الشارعة اتفاقيتنا فينا واكس لاشايل سنة ١٨١٥ ، ١٨٢٨ بشأن مراتب رجال التمثيل الدبلوماسى وكذا عهد عصبة الأمم وميثاق الأمم المتحدة .

وفي بحث علاقة العرف بالمعاهدة يكون المقصود طبعاً بحث علاقة العرف بالمعاهدة الشارعة وليس بالمعاهدة العقد ، وهنا نجد ثلاث نظريات : النظرية الأولى تجعل العلوية للمعاهدات على العرف (١) حيث أن المادة ٣٨ آفة الذكر قدمت المعاهدات على العرف ، هذا فضلاً عن أن العرف تعبير عن ارادة ضمنية في حين أن المعاهدة تعبير عن ارادة صريحة . والمفروض أن الارادة الصريحة هي المرجع الأول فاذا وجدت لا يعدل عنها الى ارادة ضمنية ، وتبعاً فمبدأ التعارض تكون العلوية للارادة الصريحة على الارادة الضمنية .

ويدافع الفقهاء السوفيت عن هذا الرأي بحجاس على أساس أن القانون الدولي العرفي يعتبر في مجموعه عندهم أفكاراً وتطبيقات تفرضها الامبريالية

(١) جاني - المرجع السابق - ص ١٦٢ ، ١٦٣

الرأسمالية على الدول الضعيفة . ولذلك فانهم يزكون فكرة السيادة كضمان ضد ضغط الدول الامبريالية الرأسمالية ، على الدول الضعيفة ، ويعتبرون أن المعاهدة هي الأساس الحقيقي للعلاقات الدولية بوصف أنها افصاح حر عن الارادة (١) . وهذا هو الذى يفسر الموقف السلبي الذى وقفه الوفد السوفيتى فى مؤتمر سان فرانسيسكو حيال كل اقتراح يهدف الى ادخال نص فى ميثاق الأمم المتحدة يكرر المادة ١٩ من عهد عصبة الأمم فيما يتعلق بمراجعة المعاهدات الدولية .

والمذهب السوفيتى انما يتابع منطق فلسفته الماركسية فى نظريته العرف ولذا لا نرى حاجة لمناقشته بشأن العرف الدولى لأن هذه المناقشة ستتناول فى حقيقتها الفلسفة الماركسية وليس العرف الدولى (٢) .

واذ أننا سبق أن أوضحنا أن المادة ٣٨ من نظام المحكمة الدولية لم تقصد الى ترتيب مصادر القانون من حيث أهميتها الاستدلالية ، كما أننا فندنا فيها سلف من عرض الرأى الذى يصف المعاهدة بأنها ارادة صريحة والعرف بأنه ارادة ضمنية — أو تعبير صريح وتعبير ضمنى — لذلك فنحن لا نفر النظرية التى تجعل للمعاهدات علوية على العرف .

8. Krylov : Les notions principales du droit des gens. La doctrine (١)
soviétique du droit international.

مجموعة محاضرات لاهى سنة ١٩٤٧ عدد ٧٠ ص ٤٤١-٤٤٢

(٢) يستند القانون الدول عند السوفييت الى الماركسية كما شرحها لينين وستالين ، ولذلك فان أساسه عنهم يختلف عن الأساس الذى تقوم عليه الأفكار الغربية وهى تعتبر فى نظر السوفييت أفكار جماعات برجوازية لا يمكن أن تقوم بينها وبين السوفييت الا علاقات انتقالية تحكمها جميعها من روابط ضرورية . ويذهب التفسير الماركسى الى أن كل قانون ليس الا افصاحاً عن سلطة ارادة الطبقات المسيطرة ، ولذا فهو يدافع عن سلطتها وامتيازاتها وتباً فان القانون الدولى العام ليس سوى نقل أفكار اجتماعية سيطرت فى حقبة زمنية معينة الى العلاقات الدولية فلا غرو والحال هذه ألا تحوى العلاقات التى تقوم بين دول ذات بناء اجتماعى مختلف الا وحدة جزئية جداً ذات صفة مؤقتة مجتمة . ونظراً لأن القانون الدولى العام قد تأثر كثيراً بتقاليد الدول البرجوازية فهو لا يقوم فى هذه العلاقات الا بدور ثانوى . وطبيعى على هذا الأساس أن يكون ذلك من طريق المعاهدات فحسب لأنها هى فقط التى يمكن أن تنظم العلاقة بين الدولة السوفيتية وغيرها من الدول فى حدود ما يسمح للمذهب الماركسى بمناقشته من علاقات .

والنظرية الثانية تقابل الأولى تماماً لأنها تجعل العلوية للعرف على المعاهدة وهي نظرية تحتاج الى تحديد على نحو ما سنوضح عند مناقشة النظرية الثالثة وهي النظرية التي تسوى بين المعاهدة والعرف استناداً الى أن كليهما افساح عن الارادة ، ومن ثم فإن العلاقة بينهما تحكمها القواعد الأصولية العامة التي تنظم العلاقة بين مصلوبين متعادلين من مصادر القانون بمعنى أن الخاص منهما يخصص العام واللاحق ينسخ السابق فيما يتعارضان بخصوصه . ومن ثم فإن العرف الذي ينظم حالة جزئية يمكن أن يخصص أحكاماً عامة وردت بها نصوص معاهدة من المعاهدات ، والعكس صحيح أى أن نصاً يتعلق بحالة خاصة ورد في معاهدة قد يخصص حكم قاعدة عرفية تنظم حالة عامة . وكذلك المعاهدة التي تلحق في الظهور عرفاً قد تنسخ ذلك العرف في نطاق تناقضهما ، كما أن العرف اللاحق لابرار معاهدة قد ينسخ نصوص تلك المعاهدة في مجال التعارض .

ونحن وان قبلنا هذا الرأي من حيث المبدأ الا أننا نأخذ عليه عدم دقته في التعرف على التكيف الصحيح للمسألة ولذلك انتهى الى نتيجة تحتاج الى تشذيب . ذلك أنه وان كان كل من العرف والمعاهدات يعتبر مصدرأ اثباتياً للارادة الشارعة ، الا أننا لا يمكن أن نسوى بينهما من حيث القوة لأن القواعد التي يثبتها العرف ذات قوة وطبيعة الزامية مختلفة عن القواعد التي تثبتها المعاهدات ، وربما كان سبب خطأ أصحاب هذه النظرية هو عدم أخذهم بعين الاعتبار أن التفرقة بين المعاهدات على أساس معاهدات شارعة ومعاهدات عقود تفرقة غير مقبولة .

ذلك أن الافصاح عن الارادة الذي يتخذ صورة اتفاقية يكون له دائماً مضمون واحد وان اختلفت الدوافع ، اذ يجب أن نميز بين الدافع للارادة وبين الارادة ذاتها ، والمثل يوضح ما نقول : ففي حالة شراء دولة لاقليم يجب أن نميز بين تصرف الشراء وبين الدافع على الشراء والدوافع مختلفة ولكن الارادة واحدة دائماً لأن مضمونها هو دائماً مضمون التصرف ، فكل الأطراف يريدون ما يقصد اليه التصرف أو العقد .

ثم اننا اذا استقرينا ما يسمونه بالمعاهدات العقود نجد أنها في الحقيقة كثيراً ما تقرر قواعد قانونية دولية بالنسبة للدول المتعاقدة تحكم علاقات هذه الدول خصوصاً ما هو متفق عليه في المعاهدة الأمر الذي لا بد أن نتعرف معه بوجود عدد من النظم القانونية الخاصة تتعدد بتعدد هذه المعاهدات وتباين موضوعاتها . هذا فضلاً عن أن المعاهدات المسماة بالشارعة لا تلزم غير أطرافها أى أن ما تحويه من قواعد تقتصر الى صفى العمومية والتجريد وهما الصفتان الجوهريتان في القاعدة القانونية وذلك لعدم وجود معاهدة شارعة عالمية بالمعنى الشامل . ولذا فإن الحالات التى تحترم فيها دول غير أطراف قواعد تتضمنها معاهدة لا ترجع الى التزام الدول باحترام تلك القواعد على أساس اتفاق ، ولكن يفسرها أن الدول رغبة ذلك اختياراً أو أن القواعد التى حوتها المعاهدة اكتسبت صفة العرف بالنسبة للدول المذكورة (١) .

ولا جدل في أن المعاهدات بنوعها - العقود والشارعة - انما تخضع في انشائها ونفاذها وانها لقواعد لا تكاد تفرق عن القواعد التى تحكم العقود (٢) بمعنى أننا عند انشاء المعاهدة نبحث عن أهلية المتعاقدين وننظر فيما اذا كانت الاجراءات الشكلية اللازمة قد روعيت ، ولا ينصرف حكم المعاهدة الا الى أطرافها أو المنضمين اليها ، ولا يجوز إنهاء المعاهدة الا طبقاً لنص فيها أو بإرادة طرفيها ، وغير ذلك من القواعد التى تماثل الأحكام المرسومة للعقود في القوانين الداخلية .

ومن الأمثلة التى يرددها كثير من الفقهاء على أنها نموذج للمعاهدات الشارعة تصريح باريس سنة ١٨٥٦ بشأن القانون البحرى زمن الحرب ، والحقيقة أن هذا القول محل نظر لأن تاريخ التصريح يدل على أنه اتفاق

(١) فاليابان مثلاً لم توقع على اتفاقية بروكسل سنة ١٨٧٤ التى تنظم بعض قوانين وعادات الحرب ولكنها احترمت الأحكام التى تضمنتها الاتفاقية في الحملة التى وجهتها ضد الصين سنة ١٨٩٤ بوصفها قواعد اكتسبت الصفة العرفية .

(٢) الدكتوران حامد سلطان والريهان - المرجع السابق - ص ٣٠

أكد أطرافه المتعاقدون مزايا متبادلة فيما بينهم ذلك أن الخلاف بين إنجلترا والدول البحرية الصغرى الأخرى الذى نشب منذ القرن السابع عشر فيما يتعلق بالملاحة التجارية المحايدة زمن الحرب لم يكن خافياً على العيان . فالدول الصغرى ترى أن العلم المحايد يحمى تجارة العدو طبقاً لمبدأ « سفينة حرة ، سلعة حرة » ، Navire Libre, Marchandise Libre . أما إنجلترا فكانت تطالب بحجز بضائع العدو . وقد جرت محاولات سنة ١٧٥٦ ، ١٧٧٠ ، سنة ١٧٩٤ ، سنة ١٨٠٠ لتأييد نظرية الدول الصغرى ولكن نجاح هذه المحاولات كان مرهوناً بظروفه ، فلما قامت حرب القرم اتفقت إنجلترا وفرنسا على مبادئ مشتركة فى موضوع الملاحة المحايدة ، وفى ٢٨ و ٢٩ مارس ١٨٥٤ أعلنت الدولتان تصريحين متماثلين اعترفت فيه إنجلترا لأول مرة بمبدأ « سفينة حرة ، بضاعة حرة » . وعند انتهاء الحرب أعلن تصريح باريس السالف الذى اعتبر بعد ذلك بمثابة تنظيم سارت عليه الدول حتى الدول التى لم توقعه فقد راحته ، مثلاً الولايات المتحدة الأمريكية فى حرب أسبانيا سنة ١٨٩٨ رغم أنها لم تشارك فى إصداره .

ومن كل ما سبق نرى أن المعاهدة دائماً تأخذ حكم العقد وليست شارعة بالمعنى الفنى الذى تفهم به التشريع .

وعلى ذلك فإن القواعد القانونية التى تثبتها المعاهدات إنما تماثل مع القواعد القانونية التى يمكن أن يثبتها العقد فى القانون الداخلى ذلك أن لأعضاء الجماعة الداخلية — فى غير ما يتعارض مع النظام العام — أن يخلقوا بأرادتهم ما يشاؤون من قواعد لتنظيم علاقاتهم المتبادلة ، ولكن هذه القواعد — كما قلنا — يجب ألا تخالف النظام العام الذى يمكن أن يستند فى الداخل إلى قواعد عرفية أحياناً .

كذلك الحال فى النطاق الدولى فإن المعاهدات بين أعضاء الجماعة الدولية تقوم بذات الدور الذى يقوم به العقد فى النطاق الداخلى مع فارق واحد هو أن فكرة النظام العام فى المجال الدولى فكرة لازالت باهتة ولم تتأكد

ملاحظتها بعد . ولذلك نلاحظ أن نطاق حرية الإرادة في تنظيم علاقات أشخاص القانون الدولي عن طريق الاتفاقات - أى المعاهدات - أوسع بكثير في المحيط الدولي عنه في المحيط الداخلي بالنسبة لأشخاص القانون الداخلي .

وقولنا هذا لا يتعارض مع ما سبق أن قررناه من أن الإرادة الدولية الشارعة يمكن أن تثبت عن طريق المعاهدات لأننا إنما نبحث هنا في نوع القواعد التي تثبت عن طريق العرف والقواعد التي تثبت عن طريق المعاهدات .

لقد قلنا فيما سلف إن القاعدة القانونية إنما تلزم الإرادة التي صدرت عنها ، ومن ثم فإن كلا من القاعدة العرفية والقاعدة الاتفاقية تلزم الإرادة التي صدرت عنها ، بيد أن الإرادة الشارعة التي تخلق القاعدة العرفية غير محدودة على وجه الحصر ، أى أنه كثيراً ما يتعذر تحديد أشخاص القانون الدولي الذين اشتركت إرادتهم في خلق القاعدة العرفية والوقت الذي خلقت فيه تلك القاعدة في حين أن المعاهدة تبين على وجه الحصر الإرادات الشارعة التي خلقت قواعدها والوقت الذي خلقت فيه تلك القواعد . ومن ثم فإن العرف يقوم بدور قريب من دور القانون في النطاق الداخلي وهو في ذلك أقرب إلى القانون من المعاهدة ، ومن هنا يجيء الاختلاف بين القاعدة العرفية والقاعدة الاتفاقية في قوة الالتزام ، فالقاعدة العرفية ليس لها أطراف تنحصر فهم قوتها الإلزامية بل إن حكمها ينصرف إلى العموم فإن كان العرف عالمياً ألزمت به الجماعة الدولية ، وإن كان إقليمياً ألزم به أشخاص القانون الدولي العام القائمون في ذلك الإقليم ، ويستوى في ذلك أشخاص القانون القائمون وقت نشوء العرف والذين يقومون بعده ، ثم هو غير مقيد بزمان مستقبل من حيث التطبيق في حين أن القواعد الاتفاقية قاصرة على أطراف المعاهدة ومن يقبلون أحكامها وذلك لفترة نفاذ المعاهدة فحسب (١) .

(١) ولذا فإن الغالب في المعاهدات أن تسجل ما سبق أن استقر عن طريق العرف ولكن بطريقة أكثر وضوحاً .

ولذلك نرى وجوب التفرقة بين وضعين عند الكلام عن علاقة العرف بالمعاهدات :

١ - فإذا كانت هناك قواعد عرفية تعتبر من النظام العام فإنها تعلق على القواعد الاتفاقية ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف تلك القواعد الآمرة والا كان الاتفاق باطلاً .

وفي هذا المعنى نستطيع أن نقول إن القانون العرفي يعتبر بمثابة الحد الأدنى للأخلاق الدولية الذي لا غنى عنه لوجود الجماعة الدولية (١) .

فلو أننا اعتبرنا أن تحريم تجارة الرقيق أصبح من قواعد النظام العام الدولية وبصورنا أن دولتين اتفقتا على إباحة تجارة الرقيق وحماية تلك التجارة في البحار العامة ، فإن هذا الاتفاق يعتبر باطلاً لأنه يخالف قاعدة عرفية من قواعد النظام العام الدولي .

٢ - أما إذا تعلق الأمر بتسوية حالة لا تنظمها قواعد عرفية أمرة فهنا يمكن أن نقول بتعادل العرف والمعاهدات من حيث قوتها الاستدلالية ، وتبعاً فإن العلاقة بين العرف والمعاهدة تحكمها القواعد الأصولية العامة التي تقضى بأن الخاص ينحصر العام واللاحق ينسخ السابق عند التعارض ، وذلك على نحو ما أوضحنا فيما سلف .

ومن الأمثلة التي نسوقها هنا للاستدلال بأن عرفاً لاحقاً أبطل معاهدة سابقة القواعد العرفية فيما يتعلق بامتيازات الأجانب فقد عدلت تلك القواعد التي استقرت من أحكام المعاهدات السابقة الخاصة بامتيازات الأجانب ، وطالما شهدنا أمثلة لذلك في مصر قبل إلغاء الامتيازات الأجنبية ، وكذلك إهمال غالبية الدول المتحاربة - أثناء الحرب العالمية الأخيرة - للقواعد الاتفاقية التي كانت تحرم مهاجمة الغواصات المتحاربة للسفن التجارية دون إنذار سابق (٢) .

(١) جوه - المرجع السابق - ص ٥٠

(٢) شارل روسو - المرجع السابق - ص ٦٧ ، ٦٨

ومن أمثلة الغاء عرف سابق بمعاهدة لاحقة تصريح باريس سنة ١٨٥٦ بشأن الحرب البحرية اذ ألغى ما كان يجرى عليه العمل الدولى بشأن المطاردة (١) .

وعلى هذا الأساس رفض اللورد Stowell أن يستجيب لطلب البرتغال بتطبيق المعاهدة الأنجلوبرتغالية التى أبرمت سنة ١٦٥٤ وفيها اتفق المتعاقدون على أن يقبضوا على غنائم من يحارب أحدهما ولو كان الآخر فى حالة حياد ، وطبق الفكرة الحديثة لقانون الشعوب التى تحرم انتزاع الغنائم من المحارب ما دام أنه قد غنمها قانوناً (٢) .

على أننا يجب ألا ننسى فى محمرة ما أسلفناه من قول اللورد الهام الذى تؤيد به المعاهدات فى تكوين العرف ، ذلك أنه وإن كانت المعاهدات فى بعض الأحيان مصبغاً ثانوياً لاثبات القانون الدولى العام إلا أنها كثيراً ما تساعد على خلق قواعد عرفية اذ أن تكرار ذكر قواعد مستحددة فى معاهدات قد يصل بالعالم الى خلق قواعد عرفية بذات الفحوى عند ما يستقر الضمير العالمى عليها فتتشط الارادة الشارحة لاراسائها .

ومن الأمثلة التى ندلل بها فى هذا الخصوص معاهدة واشنطن التى أبرمت بين بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية فى ٨ مايو ١٨٧١ لتسوية بعض نقاط النزاع التى نشأت من الحرب الأهلية الأمريكية وذلك عن طريق التحكيم . وقد برزت من بين هذه النقاط منازعة الالاباما (٣) .

(١) شارل روسو - المرجع السابق - ص ٦٧ .

(٢) جويه - المرجع السابق - ص ١٤١ .

(٣) الالاباما سفينة شيدت فى ميناء ليفربول أثناء الحرب الأمريكية وذلك لحساب ولايات الجنوب ، وقد طلبت ولايات الشمال الى إنجلترا عدم تسليم تلك السفينة ، ولكنها مع ذلك جهزت خارج الاقليم الانجليزى وحاربت السفن التجارية التابعة لولايات الشمال ، فاعتبرت الولايات المتحدة أن بناء هذه السفينة انتهاك للحياد البريطانى . وقد انتهت المنازعة بالحكم على بريطانيا بغرامة قدرها (١٥,٥٠٠,٠٠٠) دولار .

وتضمنت معاهدة واشنطن مبادئ القانون التي تطبق بحثاً عن حكم القانون الدولي بشأن المسألتين التاليتين :

١ - هل الدول المحايدة ملزمة بأن تراعى الحرص الكامل لمنع تجهيز أو تسليح سفينة في اقليمها يعتقد لأسباب مقبولة أنها ستستخدم في محاربة دولة تربطها بها علاقات سلمية .

٢ - هل يجب على الدول المحايدة ألا تسمح للدولة متحاربة بأن تتخذ من موانئها أو من مياهها الإقليمية قاعدة لأعمال حرية بحرية .

وقد أعلنت بريطانيا وقتئذ أنها لا تنقيد بالقواعد التي تضمنتها معاهدة واشنطن بدعوى أن القواعد لا تعتبر من القانون الدولي العام المطبق آنئذ ولكنها مع ذلك قبلتها كأساس للتحكيم واعتبرتها ملزمة للمستقبل (١) .
والحق أن قواعد واشنطن لم تكن عند الاتفاق عليها مستحدثة تماماً ، فقد وردت من قبل ذلك في كثير من تصريحات الدول المحايدة ولكنها استقرت كقواعد دولية بحكم الالاباما في ١٤ سبتمبر ١٨٧٢ ، ولذلك أدرجت ضمن المواد ١ ، ٢ ، ٩ من الاتفاق الثالث عشر المتعلق بحقوق وواجبات الدول المحايدة في حالة الحرب البحرية الذي عقد في مؤتمر السلام الثاني سنة ١٩٠٧ . وهذا مثل لعرف دولي كان الدافع الى قيامه معاهدة بين دولتين كبيرتين .

ولعل من المناسب أن نعرض في ختام هذا البحث لعلاقة العرف بعرف آخر في كلمة موجزة .

واضح أن القواعد العرفية في مستوى متعادل من حيث قوتها الإلزامية ، ومن ثم فإن علاقتها ببعضها البعض تخضع للقواعد الأصولية التي أوردناها آنفاً أي أن الخاص يخصص العام واللاحق ينسخ السابق عند التعارض .

(١) Moore — History and Digest of International Arbitrations.

مجموعة التحكيم الدول - ٢ ص ٧٠٣ وما بعدها .

وقد أقر بنكرشوك (١) — عن جوليان — امكان تحول القواعد العرفية بقوله :

“Ut mores gentium mutantur et matatur gentium”

ويحصل هذا التحول تحت تأثير أفكار جديدة أو تفسير جديد لضرورات عملية ، ومثال ذلك الحق في حطام السفينة الذي كانت تثبته قاعدة عرفية فيما مضى ثم ألغى تدريجياً بظهور أدلة الثباتية الجديدة على ذلك الالغاء. وكذلك الحال بالنسبة لما كانت تدعيه الدول البحرية الكبرى من حق الاشراف على البحار أو الشرف الخاص الذي يمنح لعلمها .

وبدسبى أنه يجب أن تتوافر في القاعدة الجديدة ذات الشروط التي استلزمناها لتحقيق القاعدة العرفية .

تقنين العرف (٢) :

التقنين هو صياغة القواعد العرفية في ملونة مكتوبة .

والتقنين بمعناه الدقيق لا يعدو أن يكون اجراء شكلياً فهو مجرد تجميع للقواعد العرفية القائمة في صورة مكتوبة ، وبهذا المعنى يكون تعبير « تقنين » codification مقابلاً لتعبير « تشريع » legislation لأن التقنين هنا اجراء كاشف عن قواعد سابقة عليه في الوجود ، أما التشريع فيتضمن ادخال عناصر جديدة على القواعد القانونية القائمة .

ولكن التقنين في الحقيقة لا يقتصر على هذا الدور الشكلي ، وإنما قد يتضمن قدراً من العنصر التشريعي وذلك في حالة ما تكون القواعد العرفية متعددة في ذات الموضوع ، أو اذا كان هناك تعارض بين القانون العرفي والقانون المكتوب ، اذ تكون مهمة التقنين هنا العمل على توحيد القانون واستبعاد التعارض القائم بين مختلف القواعد القانونية .

(١) - المرجع السابق - ص ١٢٠

(٢) - راجع تفصيلات في مقال Charles de Visscher عن التقنين في القانون الدولي

- مجموعة لاهاي سنة ١٩٥٢ - ج ١ ص ٣٢٩-٤٥٣

والتقنين في القانون الدولي تفرقه عن التقنين في القانون الداخلي فوارق
جوهرية أهمها :

١ - يورى التاريخ أن التقنينات الداخلية قد جرت تحت تأثير عوامل
سياسية في الغالب هي ضرورة تقوية الوحدة السياسية للدولة ذلك أن وضع
حد لتعدد القوانين وتركيزها يعتبر عاملاً جوهرياً في تحقيق الوحدة السياسية
للدولة . وهذا العامل ذو تأثير ضعيف في المجال الدولي لأن التضامن الدولي
أضعف بكثير من التضامن الداخلي والرغبة في الوحدة أوهن في المجال الدولي
منها في المجال الداخلي .

٢ - الهدف الرئيسي للتقنين في القانون الداخلي هدف شكلي
هو العمل على إثبات وتوضيح القانون العرفي في صورة مكتوبة ، أما التقنين
في المجال الدولي فلا يقتصر على ذلك الهدف ، بل قد يتناول ذات موضوع
القاعدة القانونية بالتعديل .

٣ - لم يصل القانون الدولي بعد الى أن تتوافر له ذات الظروف
التي للقانون الداخلي من حيث الأعمال التي تحضر للتقنين ، فالأعمال التحضيرية
التي تجهز للتقنين الداخلي أدق وأيسر بكثير اذا قيست بالنسبة للأعمال
التحضيرية للتقنين الدولي .

ويمكن أن نقسم الجهود التي بذلت في تجميع قواعد العرف وصياغتها
في تقنين دولي شامل الى ثلاثة أقسام :

١ - جهود فردية قام بها نفر من الفقهاء كل بنفسه ، وأولى
هذه المحاولات كان المشروع الذي نشره الفيلسوف الانجليزي جرمي بنتام
سنة ١٧٩٢ ولكنه كان ذا صبغة فلسفية بعيدة عن واقع الحياة الدولية ،
ثم تابعت بعد ذلك مشروعات فردية أخرى نذكر منها المشروع الذي أعده
بسكال فيوري سنة ١٨٨٩ ويتكون من ثمانمائة وخمس وتسعين مادة .

ويؤخذ على هذه الجهود أنها ليست تجميعاً محايداً لأحكام القانون الدولي
العام بل هي تقنين متأثر بالآراء الشخصية للفقهاء الذي يقوم به .

٢ - جهود جماعية قامت بها الهيئات العلمية المشتغلة بالشئون الدولية مثل المجمع الذى أنشئ في مدينة Gand ببلجيكا باسم مجمع القانون الدولى في أوروبا . الا أن هذه الجهود لم تسفر سوى عن تقنيات جزئية لبعض مسائل القانون الدولى ، كما أنها لم تكتسب الطابع الرسمى عن طريق اعتراف الحكومات بها ، وبذلك ظلت قيمتها فقهية بحتة .

٣ - جهود حكومية قامت بها بعض الدول أو المنظمات التى تضم الدول ويمكن تقسيمها الى ثلاثة أنطقة :

(أ) النطاق الأول خلال القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين حيث كانت حركة التقنين حركة جزئية تنحصر في بعض موضوعات معينة تم عن طريق معاهدات جماعية ودون أية خطة مرسومة لتسلسل التقنين . والأمثلة البارزة لهذا المجهود هي مؤتمر لاهاي سنة ١٨٩٩ وسنة ١٩٠٧ وما قامت به الاتحادات الدولية في شئون القانون الدولى الادارى وجهود عصبة الأمم في الفترة ما بين سنة ١٩١٩ وسنة ١٩٣٩ لا سيما في موضوعات المواصلات والترنسيت وكذلك قانون العمل الدولى .

(ب) وبجانب هذه الحركة التى تمت عن طريق اتفاقات دولية ذات صبغة أوروبية بحتة قامت حركة مماثلة في أوائل القرن العشرين في القارة الأمريكية تولت الجانِب الأكبر منها المؤتمرات الأمريكية التى تتابعت منذ سنة ١٨٨٩

(ج) على أن هذه التقنيات أوروبية كانت أو أمريكية لا تغنى عن ضرورة تقنين عام يسر على نهج مرسوم بطريقة تدريجية مترابطة حتى تسد الحاجة العامة .

وكانت عصبة الأمم أول من حل لواء هذه الحركة الشاملة فأصدرت جميعتها العمومية قراراً في ٢٢ سبتمبر ١٩٢٤ يقضى بتشكيل لجنة من الخبراء لتقوم بتحضير ما تراه قابلاً للتقنين من موضوعات القانون الدولى وتقديمها

للجمعية بعد أخذ رأى الدول . وقد انتهت اللجنة الى اختيار ست موضوعات هي : الجنسية والبحر الاقليمي ومسئولية الدولة عن الأضرار التي تلحق بأشخاص وأموال الأجانب في اقليمها والفرصة واستثمار منتجات البحار والحصانات والامتيازات الدبلوماسية وعرضها على الجمعية العمومية سنة ١٩٢٧ فرأت قصر البحث مبدئياً على مسائل الجنسية والبحر الاقليمي ومسئولية الدولة عن الأضرار التي تلحق بأشخاص وأموال الأجانب في اقليمها ، وتألفت لجنة أخرى تحضيرية لتجهيز هذه الموضوعات للبحث في مؤتمر عام . وقد عقد ذلك المؤتمر في ١٣ مارس ١٩٣٠ بمدينة لاهاى وحضره مندوبو سبع وأربعين دولة منها ثمان وثلاثون دولة من أعضاء عصبة الأمم ، ولكن المؤتمر اصطدم بعقبات فنية وسياسية فلم يصل الى اتفاق الا على بعض قواعد الجنسية .

ثم جاء انشاء الأمم المتحدة دفعة جديدة للجهود التي بدأتها عصبة الأمم سواء في جنيف أو في لاهاى ، وقد جعل ميثاق الأمم المتحدة في مادته الثالثة عشرة من التقنين هدفاً من أهدافه الرئيسية وأعطى الاختصاص بذلك صراحة للجمعية العمومية .

وقد تشكلت لجنة من الخبراء قوامها خمسة عشر عضواً باسم لجنة القانون الدولي إثر قرارين أصدرتهما الجمعية العمومية للأمم المتحدة بتاريخ ١١ ديسمبر ١٩٤٦ و ٣ نوفمبر ١٩٤٨ (١) .

ومن الموضوعات التي اهتمت بها اللجنة مشروع التقنين الخاص بالجرائم المخلة بسلم البشرية وأمنها ، ومشروع القضاء الجنائي الدولي ، ونظام البحر العام ، والقانون الخاص بالمعاهدات ، واجراءات التحكيم ، وتعريف الاعتداء ، والجنسية ، والبحر الاقليمي ، والتحفظات على المعاهدات ، ونظام الهضبة الساحلية أو الرصيف القارى .

(١) أصبح عدد أعضاء تلك اللجنة واحداً وعشرين عضواً بناء على القرار الذي اتخذته الجمعية العمومية في ٨ ديسمبر ١٩٥٦

وقد أقرت الجمعية العمومية للأمم المتحدة توصية للجنة القانون الدولي بمقعد مؤتمر عام لمناقشة قانون البحار وصدر بذلك قرار الجمعية في ٢١ فبراير سنة ١٩٥٧ وعقد المؤتمر في مدينة جنيف في أبريل ١٩٥٨ وجضره مندوبون عن ست وثمانين دولة ، ولكن المؤتمر لم ينته الى شيء .

ومما سلف نرى أن العالم لم يوفق بعد الى اعتماد شرط ذي بال مما أعدته اللجان الفنية من مشروعات تقنين في موضوعات القانون الدولي العام ، وأن فكرة التقنين الشامل لقواعد العرف الدولي لا زالت بعيدة عن التحقيق . والواقع أن فكرة التقنين لها مؤيدون ولها معارضون .

والذين يهاجمون حركة تقنين العرف الدولي يستندون الى أسانيد نجمل أهمها فيما يلي :

١ - يلذّب البعض الى أن فكرة تقنين العرف الدولي فكرة خيالية لأن التقنين يجب أن يكون كاملاً حتى يزود القاضي والفقيه بأحكام لكل ما يعرض لهم من مشاكل .

ولكن هذا الرأي يستند الى تصور خاطيء فهو يتصور أن القانون المكتوب هو المصدر الوحيد للقانون ، ومن ثم فاما أن يكون التقنين كاملاً والا فلا ، وبليهي أن هذا منطوق مرفوض .

٢ - ويرى آخرون أنه حتى مع القول بأن التقنين يمكن أن يتم تدريجياً فإن تقنين العرف الدولي أمر يجب عدم تحييده لأنه يجمد القانون في صورته الراهنة ، وتبعاً يكون عامل تأخر لا عامل تطور ، لأن التقنين الدولي سيكون من طريق اتفاق دولي والقواعد الاتفاقية اذ تبلور القانون في صورة محددة ، انما تجازف باعاقبة ازدهار القانون العرفي .

وهذا الاعتراض لا يخلو من وجهة الا أنه يتناسى أن التقنين يحل عنصر التجديد والديقة ، وهذا فيه ضئيل كبير للأمن الدولي ، ولذا كان لا بد من حل وسط يستبعد النقد السالف ولا يفضي بهذه الميزة وذلك يكون

بالعمل على مراجعة التقنين في فترات دورية أو متقاربة والعمل على ترك نطاق معين من القواعد بعيداً عن التقنين وخاضعاً للتطور طبقاً لحاجات المجتمع ووقائع حياته .

٣ - ويعيب نفر ثالث على التقنين أنه قد يؤدي الى تقييد القاضي والفقيه بحرفية النص بدلاً من روح النص الأمر الذي لا يتفق مع سلامة تطبيق القانون الدولي ، ولكن يرد على هذا النقد بأنه يخالف ما هو ثابت في العمل الدولي ، اذ الملحوظ أن القضاء والفقه الدوليين لم يتقيدا بحرفية النص وإنما يسعيان دائماً وراء روح النص .

٤ - وتقول جماعة بأن التقنين لا يحقق الميزة الجوهرية التي ينادى بها أنصاره ألا وهي تقوية سلطة القانون ، بل هو على العكس حامل من عوامل اضعاف القانون لأنه يتخذ صفة اتفاق جماعي ، والاتفاق الجماعي كالبناء اذا انهار ركن منه انهار البناء بأكمله ، وما دام أننا لا يمكن أن نتلافى حصول مخالفات في العمل الدولي للاتفاق الجماعي السالف ، فمعنى ذلك أن هذا الاتفاق سينهار ، وهنا يبدو ضعف البناء الاتفاقي أى التقنين .

ونلاحظ على هذا الرأي أنه يتركز على الشكل الخارجي للتنظيم ، أى أنه يتصور التقنين على أنه مجرد اجراء شكلي يكشف عن قواعد سابقة في الوجود على التقنين ، وبهذا المفهوم يكون النقد غير قائم لأن التقنين اذا اقتصر على الكشف عن القانون القائم فحسب يكون كل ما فعله أنه جعل الافصاح عن الارادة أكثر دقة وضماناً للأمن ولكنه لا يضيف قوة الزامية لقواعد لم تكن ملزمة ، ومن ثم فالقواعد التي يحويها التقنين في هذه الحالة هي قواعد ملزمة سواء وضعت في صورة مكتوبة أم بقيت في شكل عرفي ، واذا كان الأمر كذلك يكون من غير الصحيح أن نقول إن التقنين يقود الى ضعف القانون الدولي .

ومن هذا يتضح أن العيوب التي توجه الى فكرة التقنين ليست من الجدية بحيث تقعدنا عن مناصرة تلك الفكرة ، بل اننا نستطيع أن نصيف الى ما ساف

أسانيد تؤيد الفكرة وتجدها . فالتقنين بجانب أنه يساعد على تطور القانون الدولي وتقدمه بسبب ما يترتب عليه من توضيح للقواعد العرفية وتحديد لمضمونها فإنه يعمل على تقوية سلطة القاعدة القانونية العرفية للأسباب الآتية :

١ - يتم التقنين عن طريق اتفاق دولي وبذلك تكتسب القاعدة العرفية قوة الالتزام الاتفاقي بجانب إلزامها كعرف .

٢ - يساعد التقنين على اتساع نطاق تطبيق القانون العرفي بإدراج مسائل مما تعتبر ذات طبيعة سياسية (أى تخرج عن نطاق القانون) ضمن العلاقات التي يحكمها القانون .

٣ - يعرف الرأي العام بقواعد العرف ويجعل منه تبعاً قوة تقف وراء تلك القواعد لتساندها وتراقب الإخلال بها ، وفي هذا ما فيه من تدعيم للقواعد العرفية وتمكين لسلطتها .

٤ - يزود القاضي بمدونة عامة منطقية تساعده على أداء واجبه ، وليس في هذا تسهيل لمهمة القاضي فحسب بل انه مشجع على تعميم الاختصاص الإلزامي للقضاء الدولي ، اذ من المعروف أن غموض القانون القائم وعدم تحديده هو من العقبات الكأداء في سبيل امتداد نطاق القضاء الدولي الملزم .

وهكذا ننهي الى أن التقنين فكرة تستحق التحجيل في النطاق الدولي لما تعود به من فوائد على القانون الدولي العام ، على أنه يجب أن يقترن بحركة التقنين ترتيب طريقة لمراجعة التقنينات من وقت لآخر حتى لا يجرد القانون وتكون عقبة في سبيل تطوره وأن يتحقق التقنين على مراحل متدرجة طبقاً للمهاج مرسوم متكامل ، وقد تكون الأمم المتحدة هي خير هيئة تشرف على تحقيق تلك الأمنية .

خاتمة

وبهذا يشرف بحثنا على الانتهاء ، وقد انضح مدى اتساع موضوعه ومسامحه بالكثير من فروع القانون الدولي العام الأمر الذى دعانا الى التعرض لبعض نواح ربما كانت تبلى للوهلة الأولى أنها لا تتصل بنقاط البحث .

وقد خلصنا فى هذا البحث الى أن القانون خلق من عمل الإرادة الشارعة لأعضاء الجماعة الدولية الذين يملكون هذه الإرادة وهم ياتزمون بها استناداً الى ما تقضى به العدالة العقلية ، وأن العرف دليل مثبت للقانون وهو قد يثبت قواعد من النظام العام فيعلو على القواعد الاتفاقية التى تتضمنها المعاهدات ، وقد يثبت قواعده عادية فيتعادل عندئذ مع المعاهدة وتحكم العلاقة بينهما قاعدتا أن الخاص يخصص العام واللاحق ينسخ السابق عند التعارض .

وقد يكون من المناسب أن نذكر هنا أن بعض الفقهاء (١) لا يتوقع نشوء قواعد عرفية جديدة الا فى نطاق ضيق وذلك استناداً الى عدم استقرار العلاقات الدولية فى عصرنا الحاضر حيث أن العرف لا يمكن أن يتطور أو يكون ذا قيمة استدلالية حية الا اذا تركزت علاقات الدول فى سلوك عام مقبول كقانون . ولكن هذه النظرة فى رأينا نظرة متشائمة أكثر من اللازم ذلك أن عدم الاستقرار الذى يقضى على القواعد العرفية بالجمود هو الذى يصل الى مرتبة التنافر ، ولا نعتقد أن العالم قد وصل الى هذه الدرجة فى العلاقات الدولية رغم ما تنسم به تلك العلاقات من خلافات جوهرية وما يعتورها من تنافر ، اذ لا زال قدر كبير من التعاون والتضامن مسيطراً على علاقات الدول فى النطاق الدولى .

وانا لارجو أن يهذى الله الجماعة الدولية الى أقرب مما هى فيه رشداً وأن يقيض لها التوفيق والسداد فى طريق السلام الدولى حتى تتم البشرية بالأمن والرخاء فى ظل أخوة صادقة ومحبة حققة ، فالله وحده هو مؤلف القلوب وعروته هى العروة الوثقى .

(١) شارل دى فيشر - نظريات وحقائق - المرجع السابق - ص ١٩١

نم بحمد الله ، طبع هذه المجلدة ،
مطبعة جامعة الاسكندرية ، في يوم الاثنين
أول ربيع الآخر سنة ١٣٨١ هجرية ، الموافق
١١ سبتمبر سنة ١٩٦١

عبد الوارث محمد رضوان
مدير مطبعة جامعة الاسكندرية

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIÉE PAR LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

Fondateur de la Revue : *Dr. ZAKI ABD-EL MOUTAAL*

Directeur de la Rédaction : *Dr. ANWAR SULTAN*

9ème ANNÉE, 1959 — 1960

Nos. 3 et 4

IMP. UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

1961